

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse instituut

Kristiina Taube

PAKKUMUSE MUUTMINE RIIGIHANKEMENETLUSES
PÄRAST PAKKUMUSTE ESITAMISE TÄHTAEGA
Magistritöö

Juhendaja: Mari Ann Simovart, dr. iur.

Tallinn 2012

Sisukord

Sissejuhatus.....	3
1. Pakkumuse muutmise piirangud.....	10
1.1. Pakkumuse olulise tingimuse muutmise keeld	10
1.1.1. Pakkumuse olulised tingimused	10
1.1.2. Olulise tingimuse muutmise keelu sisu	15
1.2. Pakkujate ebavõrdse kohtlemise keeld.....	22
1.2.1. Keelu rikkumise tuvastamine	22
1.2.2. Hanketingimuste võrdne kohustuslikkus.....	30
1.2.3. Pakkumuse muutmise võrdsed võimalused	37
2. Pakkumuse lubatud muutmine	40
2.1. Puudustega pakkumuse parandamine	40
2.1.1. Ebaselguste parandamine	40
2.1.2. Vigade parandamine	46
2.1.3. Kohustus lubada ilmse vea ja ebaselguse parandamist	53
2.2. Pakkumuse täiendamine	60
2.2.1. Pakkumuse parendamine	60
2.2.2. Pakkumuse viimistlemine pärast eduka pakkumuse valikut	65
Kokkuvõte.....	71
Amendment of tender in public procurement procedure after the tender deadline	74
Allikate loetelu	78

Sissejuhatus

Käesolevas töös uuritakse pakkumuse muutmise lubatavust pärast pakkumuste esitamise tähtaega avatud ja piiratud menetluses ning võistlevas dialoogis. Riigihangete seadus (RHS)¹ sätestab kõigi viidatud menetlusliikide puhul pakkumuse tingimuste läbirääkimise keelu pärast pakkumuste esitamist,² erinevalt läbirääkimistega menetlustest.³ Rangete piirangute eesmärgiks on tagada menetluse läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine.⁴ Võrdse kohtlemise põhimõtte tagamiseks on kõigile pakkujatele antud võrdne võimalus esitada oma parim ja lõplik pakkumus selleks ette nähtud ajal, kusjuures pakkumus peab võimaldama hankijal hinnata selle vastavust ning majanduslikku soodsust, s.o. pakkumusi võrrelda. Juhul kui pakkumuse sisu on mitmetimõistetav ja hankijal ei ole võimalik tuvastada, mis midagi täpselt tähendab kiirelt ja tõhusalt, ei ole hankijal reeglina muud võimalust kui pakkumus tagasi lükata.⁵

Sellel põhjal, iga protsessi puhul, kus toimub teatud teabevahetus dokumentide edastamise kaudu, eriti kui nende dokumentide hindamisest sõltub palju, on peaaegu paratamatu, et tekivad dokumentide sisu puudutavad küsimused.⁶ Olukorras, kus hankijale on pakkumuse põhjal näha, et selles sisalduv teave on ebaselge või tõenäoliselt on pakkuja teinud vea või ei ole hankija kindel, milline on pakkumuse majanduslik soodsus, sätestab RHS § 56 lg 3, et hankija võib nõuda pakkujalt pakkumuses esitatud teabe põhjendatud selgitamist, piiritlemist või täpsustamist, kusjuures pakkuja on kohustatud esitama nimetatute kolme tööpäeva jooksul vastava nõude saamisest arvates. Ühelt poolt seondub säte RHS § 47 lõike 2 lausega 2, millega hankijale on antud kaalutlusõigus tunnistada vastavaks pakkumusi, mis ei vasta täies ulatuses hanketingimustele. Hankijal on iga konkreetse pakkumuse vastavuse kontrollimisel õigus kaaluda pakkumuse vastavuse ja pakkumuses esinevate võimalike kõrvalekalldumiste sisulisust ja kui hankija kasutab oma õigust tunnistada pakkumus vastavaks vaatamata puudustele selles, peab hankija põhjendama oma otsuse tegemise kaalutlusi. Puudustega

¹ Riigihangete seadus. RT I 2007, 15, 76; RT I, 14.02.2012, 2

² RHS § 58 lg 3, RHS § 61 lg 2, RHS § 64 lg 3. Märkus: Võistlevas dialoogis on läbirääkimised lubatud dialoogi etapis, kuid pärast pakkumuste esitamist kehtib läbirääkimiste keeld. Haldusmenetluse seadus. RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8

³ RHS § 67 lg 1, RHS § 68 lg 4

⁴ S. Treumer. The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? - Public Procurement Law Review 2006, 3, pp. 71-85, p. 72

⁵ EÜKo 27.09.2002, T-211/02, Tideland Signal Ltd v Euroopa Ühenduste Komisjon, p. 34

⁶ P. Trepte. Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007, p. 309

pakkumuse vastavaks tunnistamise otsus on seega kaalutusotsustus.⁷ Teiselt poolt ei ole RHS § 56 lg 3 regulatsioon piiratud üksnes pakkumuse vastavuse kontrolliga – hankija võib soovida saada täiendavat, täpsemat teavet ka pakkumuse majandusliku soodsuse üle otsustades.⁸ Seda õigust piirab samas RHS § 50 lg 1 lause 1, mille kohaselt hankija saab hinnata üksnes pakkumusi.

Pakkumuse muutmise regulatsiooni eesmärgiks saab pidada menetluses konkurentsi tagamist ja säilitamist, eelkõige ettevõtjate paljusust ja konkurentile avatust., s.o. võimaldab hankijatel valida suurema hulga pakkujate hulgast.⁹ Võimalus pakkumust muuta võimaldab parandada ka menetluse tõhusust ja soodustab hanke säästlikkust,¹⁰ mida on liikmesriikide siseselt nimetatud ka üheks hankereeglite olulisemaks eesmärgiks¹¹ (samas mitte Euroopa Liidu (EL) hanke üldpõhimõtteks¹²), tagades hankija rahaliste vahendite säästliku ja otstarbeka kasutamise, s.o. raha väärtustamise vajalike kaupade, teenuste ja tööde parimatel tingimustel omandamise kaudu.¹³ Säästlikkuse põhimõttes võivad aga avalduda olulised vastuolud EL hanke üldpõhimõtetega,¹⁴ s.o. läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega, seega ka pakkumuse muutmine säästlikkuse saavutamiseks on piiratud.

Olgugi et väga formaalsetele reeglitele tuginemisel võib põhirõhk menetluses minna menetlust reguleerivate eeskirjade järgimisele, kuid mitte tulemuste kvaliteedile, tuleb teiselt poolt, märkida, et kuigi hanke läbipaistvus, konkurents, hanke avalikkus ja võrdne kohtlemine võivad hanke säästlikkuse kontekstis esmapilgul tunduda piiravad, võivad (ja peaksidki – autor) nimetatud põhimõtted tegelikult tuua kaasa ka säästliku tulemuse.¹⁵ Hanke säästlikkus ei ole kindlasti kõige olulisem ja teistest ülevalpool asuv eesmärk, vaid see peaks väljenduma kogu hankeprotsessis (kaasa arvatud üldpõhimõtete järgimise) ja selle lõppedes tulemuse tõhususes, s.o. säästlikkuse idee ei hõlma mitte ainult võitu mingi konkreetse hanke hinnas

⁷ VAKO 02.07.2009 otsus 141-09/111484 (AS Nordecon Infra, AS Napal v. OÜ Paikre), punkt 7.2.; VAKO 26.01.2012 otsus 5-12/128251 (AS Oma Ehitaja v. Tartu Ülikool), punkt 11

⁸ S. Arrowsmith. Law of public and utilities procurement. 2nd edn. London: Sweet & Maxwell, 2005, p. 657

⁹ A. S. Graells. Public procurement and the EU competition rules. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 192

¹⁰ Trepte 2007, p. 310;

¹¹ S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham: 2010, p. 59.

Arvutivõrgus kättesaadav:

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (25.04.2012);

¹² EK 10.05.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo, kohtujurist Jacobsi ettepanek, punkt 33

¹³ K. Rosin. Riigihange. - Juridica 2001, nr 9, lk 661-669, lk 664

¹⁴ Arrowsmith 2005, p. 171

¹⁵ F. Neumayr. Value for money v. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment. Public Procurement Law Review, 2002, 4, pp. 215-234, p. 218

või hanke objekti kvaliteedis, vaid ka kogu protsessi võimalike kulude kokkuhoidu (nt hankija diskretsiooniotsustest tingitud kohtuvaidlustest tulenevat kulude ennetamine).¹⁶ Pakkumuste muutmise lubatavuse hindamisel tuleb erilist tähelepanu pöörata ka võrdse kohtlemise ja konkurentsi omavahelistele seostele, s.o. ei tohi esineda konkurentsi moonutusi,¹⁷ kusjuures on leitud, et säästlikkuse ja hanketuru konkurentsile avamise konflikti puhul tuleb eelistada viimast.¹⁸ Seega tuleb asuda seisukohale, et hanke säästlikkuse liigne rõhutamine ühe konkreetse hanke kontekstis ei ole kooskõlas EL-i riigihankeõigusega. Seetõttu on märkimisväärselt piiratud ka hankija õigus aktsepteerida uut teavet või selgitusi pärast pakkumuste esitamise tähtaega või pidada eduka pakkujaga pakkumuse viimistlemiseks läbirääkimisi enne hankelepingu sõlmimist. Samas on selge, et vähemalt konkreetse hankemenetluse suhtes on hankijale antud kaalutusõigus pakkumuse muutmise lubamiseks seotud ka säästlikkuse saavutamise ja isegi kui säästlikkus ei ole EL-i hankereeglite eesmärk, on säästlikkus kindlasti efektiivse konkurentsi positiivne tagajärg.¹⁹

Eesti RHS-i on lisatud ka hankedirektiivist 2004/18/EÜ²⁰ pärit mõiste 'fine-tune' ehk direktiivi tõlke järgi 'täpsustama',²¹ olgugi et hankedirektiiv 2004/18/EÜ kasutab seda mõistet ainult võistleva dialoogi puhul. Eesti RHS-i sellisel kujul sõnastamine on tõenäoliselt tingitud Euroopa Komisjoni seisukohast, et pärast pakkumust esitamist tuleb võistleva dialoogi ning avatud ja piiratud menetluse puhul lähtuda sisuliselt samadest reeglitest, mis puudutab pakkumuse muutmist.²² Ühelt poolt saabki öelda, et pakkumuste muutmise üldised reeglid on kohaldatavad nii avatud ja piiratud menetluses kui võistlevas dialoogis. Sellegipoolest on võistlev dialoog märkimisväärselt erinev menetlus, eelkõige on tegemist keerukate hankelepingute sõlmimise menetlusega ning olgugi et direktiivide vastuvõtmisest on möödunud kaheksa aastat, on mitmed autorid ja ka organisatsioonid jätkuvalt väljendanud vajadust saavutada konsensus võistleva dialoogi nn lõplike pakkumuste faasis hankija ja pakkujate vahelist suhtlust puudutavas, s.o. julgustatakse õigusringkondi konkreetsel teemal

¹⁶ Neumayr 2002, p. 219

¹⁷ A. S. Graells 2011, p. 199. Konkurentsi moonutamise keelule viitab otseselt ka hankedirektiivi 2004/18/EÜ artikkel 29

¹⁸ Neumayr 2002, p. 220

¹⁹ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica, 2007, nr 8, lk 564-572, lk 572

²⁰ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta

²¹ Märkus: 'Fine-tune' täpsem tõlge võiks pigem olla viimistlema või täiustama-parendama.

²² European Commission Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, pp. 9-10. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (25.04.2012)

põhjalikult arutlema.²³ Rõhutatakse nende aspektide selge määratlemise vajadust, mida tuleks poolte vahel läbi rääkida dialoogi faasis.²⁴ Ebaselgus eriti just võistleva dialoogi pakkumuste esitamisele järgneva faasis osas, kuivõrd võistlev dialoog on just keerukate projektide menetlus, võib suunata hankijaid, juhul kui neil on võimalus teha valik võistleva dialoogi ja väljakuulutamise läbirääkimistega menetluse vahel, otsustama viimase kasuks.²⁵

RHS-i sõnastust ei saa seega kõigi menetlusliikide suhtes täpseks lugeda, mistõttu lähtub autor töö koostamisel hankedirektiivi 2004/18/EÜ ja Euroopa Liidu Nõukogu ja Komisjoni ühises seisukoha tekstist, eristades mõistet täpsustama üksnes võistleva dialoogi puhul. Euroopa Komisjoni ja Nõukogu ühise seisukoha järgi²⁶ on avatud ja piiratud menetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega lubatud pakkumuste selgitamine (ingl. k. 'clarify') ja täiendamine (ingl. k. 'supplement'): „Nõukogu ja Komisjon on seisukohal, et avatud ja piiratud hankemenetluses tuleb välistada kõik läbirääkimised taotlejate või pakkujatega lepingute põhitahkude üle, mille muutmine tõenäoliselt moonutab konkurentsi, eriti hinna üle; taotlejate või pakkujatega võib arutelusid siiski pidada, kuid ainult pakkumuste sisu selgitamiseks või täiendamiseks vastavalt hankija nõuetele ja tingimusele, et sellega ei kaasne diskrimineerimine.”

Nii RHS § 47 lõike 2 lausest 2 kui RHS § 56 lõikest kolm nähtub, et pakkumuse muutmise ulatus pärast pakkumuste esitamise tähtaega on piiratud, kuid samas ei näe RHS ette täpseid juhiseid, kuidas hinnata pakkumuse muutmise lubatavust, täpseid kriteeriume ei anna ka hankedirektiivid või viidatud Nõukogu ja Komisjoni seisukoht. Hankija peab igal üksikul juhtumil lähtuma konkreetsetest asjaoludest. Sellist lähenemist on reeglina näha ka VAKO lahenditest, kus näiteks pakkumuse vastavaks tunnistamisel sisustatakse mõiste 'sisuline kõrvalekalle' reeglina kitsalt vastava kaasuse asjaoludest. Töö teema on aktuaalne, kuivõrd viidatud juhtumipõhise lähenemise kõrval on vajalik uurida, millised on pakkumuse muutmise üldised alused Eesti RHS-i ja EL riigihankeõiguse järgi. Käesoleval teemal ei ole avaldatud teaduslikke uurimusi, mis põhineksid konkreetsetel kriteeriumidel, millest lähtuvalt lubada pakkumuse muutmist. Ka juhtumipõhise lahendamise puhul tuleks õiguskindluse

²³ G. Tomkinson. HM Treasury's review of competitive dialogue procedure and "Accelerating Government Procedure", a review by the Efficiency Reform Group. Public Procurement Law Review, 2011, 4, pp. 161-166, p. 162

²⁴ HM Treasury Review of Competitive Dialogue. Her Majesty's Treasury: 2010, p. 11. Internetis kättesaadav: http://www.hm-treasury.gov.uk/d/ppp_competitive_dialogue.pdf (25.04.2011)

²⁵ A. Brown. The impact of the new Procurement Directive on large public infrastructure projects: competitive dialogue or better the devil you know? Public Procurement Law Review 2004, 4, pp. 160-177, p. 176

²⁶ Council and Commission Statement concerning Article 7(4) of Public Works Directive 93/37 1994 O.J. L111/114

tagamiseks lähtuda teatud üldistest kriteeriumidest, mille abil oleks võimalik tagada nii hankija kui VAKO või ka kohtute otsuste parem jälgitavus.

Käesolevas töö uurimiseesmärgiks on selgitada välja, millised piirangud kehtivad pakkumuste muutmisele ning milline on piirangute täpne sisu. Piirangute ja nende sisu tuvastamise kaudu selgitatakse milline pakkumuse muutmine on autori arvates lubatud.

Käesolev uurimus on jaotatud kaheks peatükiks, millest esimene vaatleb, milliseid piiranguid tuleb järgida pakkumuse muutmise lubatavuse üle otsustades. Teises peatükis selgitatakse välja, milline on pakkumuse lubatud muutmine, võttes arvesse esimeses peatükis käsitletud piiranguid.

Esimeses peatükis vaadeldakse, milliseid pakkumuse tingimusi tuleb pidada niivõrd oluliseks, et nende muutmine ei ole lubatud. Ühtlasi tuvastatakse olulise tingimuse muutmise keelu täpne sisu ja ulatus, s.o. kas keeldu tuleb pidada absoluutseks või eksisteerib teatud lubatud muudatuse määral. Esimese peatüki teises osas selgitatakse välja, milline pakkumuse muutmine rikub võrdse kohtlemise põhimõtet, mida on peetud pakkumuse muutmise lubatavuse üle otsustamisel keskseks põhimõtteks,²⁷ milline on hankija poolt sätestatud hanketingimuste tähendus pakkujate võrdse kohtlemise tagamisel ning kuidas tagada pakkujate võrdse kohtlemise jätkuv järgimine ka juhul, kui pakkumuse muutmine on lubatud.

Teises peatükis uuritakse eraldi alajaotustes, kas ja millises ulatuses on lubatud parandada pakkumuses sisalduvaid ebaselgusi ning parandada vigu. Ühtlasi selgitatakse välja, kas ilmsete vigade ja ebaselguste puhul on hankijal, tulenevalt proportsionaalsuse ja hea halduse põhimõtetest kohustus pakkumuse muutmist lubada. Teise peatüki teises osas vaadeldakse, kas ja millisel määral on lubatud pakkumuse täiendamine uue teabega. Esiteks uuritakse, kas hankija võib anda pakkuja(te)le võimaluse esitatud pakkumust parendada. Teiseks vaadeldakse, kas ja millistel tingimustel on hankijal õigus jätta pakkumuse teatud aspektid viimistlemiseks üksnes eduka pakkumuse esitanud pakkujaga.

Piirangute ja lubatud muutmise puhul eristatakse töös läbivalt ka võistleva dialoogi erisusi võrreldes avatud ja piiratud menetlusega.

²⁷ Trepte 2007, pp. 311-312

Uurimuse allikatenä on kasutatud nii Eesti kui teiste riikide erialakirjandust, millest olulisemaks on professor S. Arrowsmith'i teos „*Law of Public and Utilities Procurement*“ ning erinevate autorite artiklid erialaajakirjas „*Public Procurement Law Review*“. Eesti erialakirjandusest on kasutatud muu hulgas erinevaid teadustöid, näiteks T. Ojasalu magistritöö „*Euroopa Ühenduse Asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses*“, ning väljaande Juridica artikleid. Praktika pärineb Euroopa Liidu kohtute ja Eesti kohtute, ning olulisel määral VAKO praktikast. Lisaks hõlmab allikate loetelu siseriiklikke ja EL-i normatiivmaterjale. Asjakohased olid ka Euroopa Komisjoni teatised ja muud EL-i dokumendid, mis võimaldasid määratleda ühenduse ametlikke seisukohti, aga ka liikmesriikide siseste organisatsioonide dokumendid. Konkreetsetl kõnealuse teema suhtes puudub eestikeelne kirjandus, v.a. ülevaatlik käsitlus pakkumuse muutmise lubatavusest võistlevas dialoogis T. Sauli magistritöös²⁸, piiranguid hankija valiku- ja lepinguvabadusele on põhjalikult uurinud M. A. Simovart²⁹, hankija kaalutlusõigust³⁰ on magistritöös käsitlenud T. Väljaots.³¹

Käesolev töö on koostatud kvalitatiivse uurimusenä, kus eelkõige on tuginetud asjakohasele erialakirjandusele, ka kohtupraktika ja normatiivmaterjalide analüüsile. Analüüsi koostamisel on rakendatud eelkõige süstemaatilist ja võrdlevat meetodit. Kohtupraktikat uurides on kasutatud dogmaatilist meetodit seoses tõlgendamise ja õigusdogmaatika kujundamisega. Õigusnormide tõlgendamisel on lisaks grammatilisele ja loogilisele tõlgenduskaanonile lähtutud ka objektiiv- ja subjektiiv-teleoloogilisest ning süstemaatilise tõlgenduskaanonist.

Töö koostamisel on lähtutud järgmistest põhiseisukohtadest:

1. Võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt ei ole eelduslikult lubatud pakkumuse muutmine, kui muutmiseä kaasneb mittevastava pakkumuse muutmine vastavaks või muutub pakkumuse majanduslik soodsus.
2. Võrdse kohtlemise põhimõte ei välista ilmsete vigade või ebaselguste parandamist ning muude mitteoluliste muudatuste tegemist.
3. Võistlevas dialoogis sõlmitavate erilisel keerukate hankelepingute puhul võib hankija pakkumuse muutmise lubatavuse hindamisel võtta arvesse hankelepingu erilist keerukust.

²⁸ T. Saul. Võistlev dialoog Euroopa Liidus ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2007

²⁹ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus, 2010. M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica, 2010, nr 4, lk 248-257.

³⁰ Märkus: Töö puudutas konkreetsemalt siiski põhjendamatult madala maksumuseä pakkumuste tagasilükkamist.

³¹ T. Väljaots. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool, 2011

Soovin tänada oma töö juhendajat, Mari Ann Simovarti, kelle nõuanded olid töö koostamisel suureks abiks.

1. Pakkumuse muutmise piirangud

1.1. Pakkumuse olulise tingimuse muutmise keeld

1.1.1. Pakkumuse olulised tingimused

RHS § 47 lõige 2 viitab sisulise kõrvalekalde keelule hanketingimustest, RHS § 56 lg 3 pakkumuse aspektide põhjendatud selgitamisele, piiritlemisele ja täpsustamisele. Viimasele viitab ka hankedirektiivi 2004/18/EÜ artikkel 29, mis viitab otseselt ka pakkumuse põhielementide ja hankelepingu oluliste aspektide muutmise keelule. Mainitud sätete sõnastusest jäeldub, et pärast pakkumuse esitamise tähtaega lubatud pakkumuse muutmise ruum on piiratud. Eelkõige ei ole lubatud muuta teatud sisulisi, hanke suhtes olemuslikke pakkumuse tingimusi – pakkumuse olulised tingimused. Pakkumuse olulise tingimuse määratlus on suurel määral sõltuv sellest, mis muudab pakkumuse võrreldavaks. Samas on olulised ka tingimused, mida tuleb järgida kõigil pakkujatel ühtemoodi, näiteks pakkumuse esitamise tähtaeg või vastavus hanke eseme tehnilisele kirjeldusele. Pakkumuse olulise tingimuse muutmise keeld on seotud võrdse kohtlemise põhimõtte tagamisega, kuivõrd olulise tingimuse muutmine omab olulist mõju viidatud põhimõttele.

Euroopa Kohtu otsuses *Storebaelt*³² märgiti, et pakkumuse puhul saab eristada tingimusi, mida võib pidada hankelepingu fundamentaalseteks või olulisteks tingimuseks (ingl. k. 'fundamental condition'), mis tähendab, et pakkumuses on ka vähemolulisi tingimusi. Fundamentaalne tingimus on selline, mille täitmata jättes (ja kui hankija pakkumuse sellest hoolimata vastavaks tunnistab) võib pakkuja saada olulise eelise teiste pakkujate ees.³³ Olulist tingimust eristatakse ka kohtuotsuses *Rennes Railways*³⁴, kus oli põhiküsimuseks, kas läbirääkimiste etapid, mis põhinesid samadel algsetel hanketingimustel olid sedavõrd erinevad, et hilisemaid läbirääkimisi saab pidada uueks menetluseks, teisisõnu, kas erinevused olid üksnes algse menetluse loomulik tagajärg või edasiarendus³⁵ - juhul kui muudatus puudutab pakkumuse või lepingu olulist tingimust, tuleb hankijal alustada uut menetlust.³⁶ Hankelepingu tingimuste muutmise puhul on Euroopa Kohus märkinud, et oluliseks saab pidada sellist tingimust, mis, juhul kui see oleks muudetud kujul algselt olnud sätestatud hanketingimustes, oleks võimaldanud pakkujatel esitada oluliselt erinevaid pakkumusi.³⁷ Erialakirjanduses on oluliste tingimustena enim välja toodud hanke maksumust (hinda) ja,

³² EKo 22.06.1993, C-243/89, *Euroopa Ühenduste Komisjon v. Taani Kuningriik (Storebaelt)*, punkt 42

³³ Arrowsmith 2005, p. 494

³⁴ EKo 05.10.2000, C-337/98, *Euroopa Ühenduste Komisjon v. Prantsusmaa (Rennes Railways)*

³⁵ P. Trepte 2007, p. 312

³⁶ P. Trepte 2007, p. 312-313

³⁷ EKo 29.04.2004, C-496/99 P, *Commission v CAS Succhi di Frutta SpA*, punkt 116

eriti just keerukate hanke objektide ja hankelepingute puhul, riskide jaotust lepingus. Ühendkuningriigi Office of Government Commerce'i (OGC) juhise järgi on muudatused teatud ulatuses võimalikud, kuid hind ja riskide jaotus on kaks aspekti, mis on niivõrd olulised, et neid ei ole lubatud muuta.³⁸ Samas saab kindlasti pakkumuse oluliste tingimuste hulka lugeda ka näiteks toote, teenuse või ehitustöö muid omadused. Pakkumuse oluliseks tingimuseks on kõik tingimused, milles sisaldub nn võistlev element, sh võib olulisi tingimusi otsida ka pakkumuste hindamiskriteeriumidest. Samas on ka teatud olulised formaalsed tingimused, eelkõige pakkumuse esitamise tähtaeg.

Hanke maksumuse olulisust pakkumuse puhul on selgelt märgitud direktiiv 2004/18 artikli 29 aluseks olnud Euroopa Komisjoni seisukohas ja võistlevat dialoogi puudutavas selgitavas dokumendis. Ning sellele on viidanud ka erinevad autorid³⁹ ja Riigihangete Vaidlustuskomisjon (VAKO).⁴⁰ Hanke maksumuse lugemine pakkumuse oluliseks tingimuseks on tuletatav mitmest üsna ilmsest asjaolust. Esiteks, eeldatavasti on tegemist kõige lihtsamini tuvastatava majandusliku eelisega pakkumuse puhul, kusjuures madalaima hinna kriteeriumi kasutamise puhul on see ainus eelis, ning olgugi et võistleva dialoogi lepingu sõlmimises aluseks saab olla ainult majanduslikult soodsaim pakkumus, on tõenäoline, et rahaline sääst on teiste tingimuste kõrval hankija jaoks siiski üks olulisemaid eesmärke. Teiseks, võiks asuda seisukohale, et hinda puudutavad muudatused pakkumuses või sõlmitavas hankelepingus ja selle tulemusena võrdse kohtlemise, aga ka konkurentsi põhimõtte rikkumised on üsna lihtsasti tuvastatavad ning olulised rikkumised. Ka juba sõlmitud hankelepingu muutmise lubatavuse hindamisel on hanke hind selline tegur, mille muutmine võib oluliselt mõjutada lepingu täitmist ning muuta esialgsete hanketingimustega ette nähtud poolte õiguste-kohustuste tasakaalu. Juba sõlmitud hankelepingu hinna muutmisega seoses on Euroopa Kohus pidanud lepingu oluliseks muudatuseks olukorda, kus võidakse kallutada lepingu majanduslikku tasakaalu hankelepingu täitja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.⁴¹ Allpool vaatleb autor ka pakkumuste muutmise regulatsiooni võrdluses hankelepingu muutmise reeglitega, sh võimalust aktsepteerida hinnamuudatusi.

³⁸ Competitive Dialogue Procedure: OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations. Office of Government Commerce: 2006, p. 6. Internetis kättesaadav: http://www.plymouth.gov.uk/de/guide_competitive_dialogue.pdf (25.04.2012).

³⁹ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes 2010, lk. 137. Arrowsmith 2005, p. 495, p. 541; A. Brown, When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06, Public Procurement Law Review 2008, 6, pp. 253-267, p. 256

⁴⁰ VAKO 31.01.2011 otsus nr 3-11/120937 (AS Tartu Ehitus v Päästeamet), punktid 10-11

⁴¹ EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Austria*, p. 37

Pakkumuse maksumusega on seotud ka riskide jaotust puudutavad tingimused, mis võivad samuti olla pakkumuse oluliseks tingimuseks, seda eriti keerukate lepingute puhul, kus riskide jaotamine tähendab olulist rahalist võitu või märkimisväärset kulu. Pakkujad teostavad hankija nõudmiste põhjal omapoolse analüüsi ja riskide hindamise ning annavad riskidele teatud rahalise väärtuse eesmärgiga saada riskide haldamise kulud hüvitatud pakkumuse hinnaga.⁴² Erasektor peaks kandma riske, mille haldamiseks on neil oskused ja teave, sest sellisel juhul on riski ülekandmise hind avalikule sektori jaoks väiksem. Vastupidi, juhul kui avalik sektor annab üle riski, mille kandmisel erasektoril puuduvad kogemused ja ekspertiiis, soovib erapartner ülekantud riski eest ka suuremat tasu. Viimasel juhul väheneb projekti soovitatav säästlikkus.⁴³ Muudatused riskide jaotuses võivad põhjustada ka muutuse pakkumuse maksumuses, sest mida rohkem riske üks pool kannab, seda suuremad on reeglina ka tema kulud. Samas ebaotstarbeka riskide jaotuse korral (nt stabiilse keskkonnaga arenenud riikides ei ole selline ülekandmine olulise tähendusega, ei pruugi isegi olla mõttekas, sest avalik sektor ei võida sellise ülekandmisega midagi)⁴⁴ võiks püstitada küsimuse, kas ebaotstarbeka ja/või väheolulise tähtsusega riskijaotuse korral saab üldse rääkida olulisest tingimusest. Sellegipoolest tuleb märkida, et ka pakkumuse maksumust puudutavad pakkumuse tingimused, nagu riskide jaotuse tingimused, on reeglina pakkumuse oluliseks tingimuseks.

Lisaks hinnale ja riskide jaotusele saab pakkumuse oluliseks tingimuseks lugeda kõiki muid võistlevaid elemente ehk selliseid, mille alusel hankija pakkumusi võrdleb ja hindab.⁴⁵ Ühes Hollandi vahekohtu lahendis lubas hankija pakkujal muuta viimase poolt pakutava toote disaini. Muudatuse tõttu paranes toote kasutaja-sõbralikkuse aste. Kuna toote kasutaja-sõbralikkus oli üks kriteerium, mida pakkumuste hindamisel arvesse võeti, ei olnud võimalik käsitleda tehtud muudatust pelgalt pakkumuste selgitamisena⁴⁶ - toote kasutajasõbralikkus mõjutas majanduslikult soodsaima valiku tegemist. Majanduslikult soodsaima pakkumuse korral avaldab hankija avaldama pakkumuse hindamiskriteeriumide suhtelise osakaalu, mille ta igale valitud kriteeriumile majanduslikult kõige soodsama pakkumise kindlaksmääramisel omistab. Suhtelise osakaalu määramine võimaldab hankijal rõhutada iga asjaomases

⁴² Li Bing, A. Akintoye, P. J. Edwards, C. Hardcastle. The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK. - International Journal of Project Management 2005, 23, pp. 25–35, pp. 26-27

⁴³ National Audit Office report. Examining the Value for Money of Deals under the Private Finance Initiative, August 1999, p. 23. Internetis kättesaadav:

http://www.nao.org.uk/publications/9899/examining_the_value_for_money.aspx

⁴⁴ Li Bing, A. Akintoye, P. J. Edwards 2005, p. 32

⁴⁵ Arrowsmith 2005, p. 541

⁴⁶ S.Verschuur. Competitive dialogue and the scope for discussion after tenders and before selecting the preferred bidder - what is fine-tuning etc?. Public Procurement Law Review, 2006, 6, pp. 327-331, p. 329

riigihankes kasutatava kriteeriumi olulisust.⁴⁷ Majanduslikult soodsaima pakkumuse väljaselgitamisel võib seega erinevatel kriteeriumidel olla teatud ettemääratud ja erinev kaal. Hindamiskriteeriumide osakaal võib olla muu hulgas üheks võimaluseks, kuidas määratleda pakkumuse olulisi tingimusi. Sellegipoolest, pakkumuse olulised tingimused on tõenäoliselt laiem mõiste kui üksnes suurema osakaaluga kriteeriumid. Pigem tuleks asuda seisukohale, et kõik asjaolud, mis on aluseks pakkumuste hindamisel, on pakkumuse olulisteks tingimusteks.

Ka hanke eseme kohustuslikud tehnilised ja muud iseloomulikud omadused⁴⁸ võivad olla pakkumuse oluliseks tingimuseks. Muudatusi sellistes aspektides pärast pakkumuste esitamise tähtaega on peetud oluliseks ja keelatuks.⁴⁹ Näiteks hangitava kontorimööbli mõõdud ja muud tehnilised kriteeriumid, mida hankija on kohustatud kõigi pakkumuse vastavaks tunnistamisel järgima.⁵⁰ VAKO on leidnud, et olukorras, kus ühel pakkujal lubatakse muuta oma esialgses pakkumuses eelprojekti kohane 13,5 m laiune maantee eraldusriba 6 meetri laiuseks kogu ehitatava teelõigu ulatuses, muutes sellega pakkumuse vastuolus olevaks hankedokumentides selgelt sätestatud nõudega (eraldusriba peab olema 13,5 m laiune), ei tohiks hankija pakkumust lähtuvalt RHS § 47 lõigetega 1 ja 2 vastavaks tunnistada.⁵¹ Kõnealuse hanke suhtes oli tee eraldusriba laiust selgelt oluline tingimus. VAKO otsuses nr 55-11/12150 (Kinnisvarateenindus OÜ v PPA) puudus pakkumusest kinnitus hankelepingu täitmiseks vajaliku meeskonna olemasolu kohta, mille VAKO luges sisuliseks puuduseks⁵² - hankelepingu täitmiseks sobiva meeskonna olemasolu on oluline tingimus.

Reeglina ei saa oluliseks tingimuseks pidada pakkumuse esitamise vorminõudeid või muid formaalseid tingimusi – sellised nõuded on hankija kehtestanud eelkõige menetluse sujuva toimimise, aga ka andmete struktureerituse ja süsteemsuse huvides. Samas on teatud formaalsed nõuded, mis võivad teenida mingit olulist eesmärki, nt konfidentsiaalsuse kaitse, või pakkumuse tähtaeg. Reeglina tuleb siiski asuda seisukohale, et formaalsed nõuded ei ole olulised kogu hanke plaanis. Näiteks nõue, et pakkumus tuleb esitada kirjalikult ja köidetult sisu täielikku säilimist tagavas vormis, mis välistab kahtluse pakendi võimalikust eelnevast

47 E. Karindi-Kask jt (koost). Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium, 2012, lk. 156. Internetis kättesaadav: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=7acd26a2-2706-4113-9b33-c7d057896668&groupId=11726 (25.04.2012)

48 Märkus: Sellele viitab ka uue avaliku sektori hankedirektiivi eelnõu seoses võistleva dialoogiga, milles viidatakse, et eduka pakkumuse järgsete läbirääkimiste tulemus ei tohi mõjutada „hanketeates ja/või kirjeldavas dokumendis esitatud vajadusi ja nõudeid“.

49 S. Arrowsmith. Government Procurement in the WTO. The Hague: Kluwer Law International, 2003, pp. 261-262

50 EÜKo 28.11.2002, T-40/01 *Scan Office Design SA v Commission*, p. 76

51 VAKO 21.07.2010 otsus nr 115-10/108402 (AS Nordecon Infra v Maanteeamet), punktid 20-21

52 VAKO 12.04.2011 otsus nr 55-11/12150 (Kinnisvarateenindus v Politsei- ja Piirivalveamet), punkt 12

avamisest.⁵³ Menetluse aususe mõistes võiks sellist tingimust tõesti oluliseks pidada, kuid selline lähenemine viiks tõenäoliselt järelduseni, et kõik tingimused on olulised. Ka VAKO on märkinud, et pakkumuse köitmise nõude esitamisel ei saa hankija eesmärk olla pakkujate kaitsmine iseenda seadusevastase tegevuse (ametialase võltsimise) eest tulevikus.⁵⁴

Kuivõrd hankijal on ulatuslik diskretsioon asjaolude osas, mida tuleb arvesse võtta hankelepingu sõlmimisel,⁵⁵ siis saab tingimuse oluliseks lugeda, kui hankija on seda ise hanketingimustes kas otseselt või kaudselt väljendanud. Näiteks hankija palub pakkumuse lisana allkirjastada oluliseks peetavate hankelepingu tingimuste loetelu⁵⁶ nagu ilmneb alajaotuses 1.2.2., hankijal võib olla huvi ka vorminõudeid oluliseks pidada.

Eelnevast käsitlusest järeldub, et pakkumuse olulised tingimused on väga lai määratlus. Oluliseks tingimuseks tuleb pidada pakkumuse võistlevaid elemente, s.o. kõik sellised pakkumuse tingimused, mis on aluseks pakkumuste hindamisel. Eelkõige hanke maksumust ja maksumust mõjutavaid aspekte nagu riskide jaotus, aga ka näiteks hanke eseme kasutaja- või keskkonnasõbralikkust. Lisaks võistlevatele elementidele on oluliseks tingimuseks ka hanke esemele seatud kohustuslikke nõudeid puudutavad tingimused, näiteks hanke eseme tehnilised omadused või ehitustööde teostamise aeg. Olulise tingimuse määratlus ei hõlma eelduslikult pakkumuse esitamise formaalseid tingimusi, mis hankija on reeglina kehtestanud menetluse sujuvama toimimise nimel. Oluliseks formaalseks tingimuseks tuleb siiski pidada pakkumuse esitamise tähtaja nõude täitmist. Hankijal on õigus ise määratleda, millist tingimust tuleb pidada konkreetse hanke suhtes oluliseks.

⁵³ VAKO 07.04.2011 otsus nr 53-11/121691 (AS Pristis v AS Riigi Kinnisvara), punkt 9.2.

⁵⁴ *Ibid.*, punkt 9.3.

⁵⁵ EÜKo 11.05.2010 kohtuasjas T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV v Euroopa Komisjon*, p. 73

⁵⁶ Vaidlustuskomisjoni 02.07.2009 otsus 141-09/111484 (AS Nordecon Infra, AS Napal v. OÜ Paikre OÜ), punkt 8

1.1.2. Olulise tingimuse muutmise keelu sisu

Olulise tingimuse muutmise keelu puhul tuleb tuvastada, kas keeld on absoluutne, s.o. keelatud on igasugune, ka vormiline muutmine, või on teatud ruum, mille piires on hankijal lubata aktsepteerida muudatusi, mis seonduvad pakkumuse oluliste tingimustega. RHS § 56 lg 3 aluseks olnud hankedirektiivi 2004/18 artikli 29 sõnastuse grammatilise tõlgenduse järgi ei ole põhielementide muutmine lubatud. Samas kui muudatus on hanke kui terviku suhtes vähese tähtsusega, tekib küsimus, kas eksisteerib ka teatud olulise tingimuse muutmise määr. Kuna nii pakkumuse muutmine kui hankelepingu muutmine on mõneti sarnased olukorrad, on autori hinnangul asjakohane neid olukordi võrrelda, eriti kuivõrd ka hankelepingu muutmise puhul on määravaks hankelepingu muudetava tingimuse olulisus ja muutmise määr. Hankelepingu muutmise seoses on kohtupraktikas käsitletud ka hankelepingu oluliste tingimuste sisulise muutmise võimalust.⁵⁷ Autor vaatlleb järgnevalt milline on pakkumuse olulise tingimuse muutmise keelu täpne sisu ja ulatus.

Olulise tingimuse muutmise keelu sisust peaksid välja jääma juhud, kus pakkumuse muutmine puudutab küll lepingu olulist tingimust, kuid pakkumuse muutmine on vormiline, näiteks on pakkuja jätnud märkimata pakkumuse maksumuse ühel vormil, kuid maksumus on tuletatav muust pakkumuses antud teabest. Üldkohtu otsuses *Antwerpse Bouwwerken NV v. Euroopa Ühenduste Komisjon* oli hinnakalkulatsioonis puudu üks ühikuhind, mille märkimine pakkumuses oli hankedokumentatsioonis sätestatuna pakkuja kohustuslik - kohus hindas, et hankija ei saanud pakkumust tagasi lükata juhul kui on lihtne seletus arvutusveale või puuduolev hind on lihtsalt ja üheselt tuletatav teisest pakkumuses märgitud hinnast.⁵⁸ Mis puutub küsimusse kas puuduolevate ühikuhindade esitamise puhul oli tegemist uue hinna pakkumisega, märkis kohus, et tegemist ei ole uue hinna lisamisega hinnakalkulatsiooni, vaid pakkumuse tingimuste selgitamisega, et saada selgust, et ühele mitmest identsest projekti osast kehtiv hind on pakutud ka kõigile teistele identsetele või sarnastele osadele.⁵⁹ VAKO otsuses *AS Oma Ehitaja vs Tartu Ülikool* oli esitamata üks kohustuslik vorm, milles tuli muu hulgas märkida ka pakkumuse kogumaksumus, kuid samal ajal oli pakkuja esitanud pakkumuse maksumuse tabeli, milles sisalduvate andmete põhjal oli hankijal võimalik tuvastada puuduolev teave – pakkumuse kogumaksumus.⁶⁰ Olukorras, kus pakkuja on

⁵⁷ EKo 29.04.2004, C-496/99 P, *Commission v CAS Succhi di Frutta SpA*; EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Austria*

⁵⁸ EÜKo 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV v. Euroopa Ühenduste Komisjon*, punkt 46

⁵⁹ *Ibid.*, punkt 64

⁶⁰ VAKO 26.01.2012 otsus nr 5-12/128251 (*AS Oma Ehitaja v. Tartu Ülikool*), punkt 13

pakkumuse ühes osas märkinud tööde teostamise ajaks ajavahemiku 30.06.2009 – 17.10.2011, s.o. 600 tööpäeva, samas aga andnud kinnituse, et et tööd teostatakse 600 (kalendri)päevaga lusges VAKO puuduse mittesisuliseks kõrvalekaldumiseks hanketingimustest RHS § 47 lg 2 teise lause mõttes ja märkis, et hankija on toiminud talle seadusega antud kaalutusõiguse raames.⁶¹ Kõigil viidatud juhtudel puudutas muudatus küll vormiliselt pakkumuse olulist tingimust, kuid muudatusega ei kaasnenud sisulist erinevust algselt esitatud pakkumusega. Sellised muudatused on lubatud põhjusel, et pakkuja ei saa muudatusega ebaausat eelist, s.o. mõju võrdse kohtlemise põhimõttele puudub.

Keerulisem küsimus on, kas lubatud on muudatused, mis puudutavad sisuliselt olulisi tingimusi. Paindlikku lähenemist on rakendatud Ühendkuningriigi kohtu poolt. Otsuses *Harmon*⁶² leiti, et hankija võiks lugeda vastavaks ka pakkumusi, mis ei vasta olulisel määral hanketingimustele ja kõnealuse kohtuotsuse alusel võiks asuda seisukohale, et lubatud on ka pakkumuse olulise tingimuse sisuline muutmine. Nimetatud asjas loobus hankija ühe pakkuja suhtes teatud nõudmistest, lubades esitada ehitise projekti, mis ei vastanud hanke tingimustes sätestatud kohustuslikele nõuetele.⁶³ Lisaks võimaldas hankija pakkujatel esitada teatud nõudmistest loobumisega kuni 500 000 Inglise naela võrra odavamad pakkumused,⁶⁴ kuivõrd algselt ei olnud keegi pakkujatest esitanud vastavat pakkumust. Arrowsmith leiab, et Euroopa Kohus tõenäoliselt sellist seisukohta ei pooldaks, lisaks ei ole Ühendkuningriigi kohus kõnealuses asjas viidanud ühelegi juriidilisele põhimõttele ega asjakohastele Euroopa Kohtu otsustele,⁶⁵ sealhulgas ei analüüsinud kohus, kas ja millises ulatuses on üldse lubatud pakkumuse muutmine, kui mittevastavus puudutav pakkumuse olulist tingimust.⁶⁶ Mainitud tõlgendus pakkumuste uuesti käsitlemise õiguspärasusele erineb oluliselt muust töös käsitletavast kohtupraktikast, mistõttu ei saa nimetatud lahendi põhjal teha järeldust, et pakkumuse põhielementide muutmine oleks lubatud. Sellist lähenemist näib mitte pooldavat ka Arrowsmith, kes üldiselt on siiski pigem paindliku lähenemise pooldaja. Nagu ülal märgitud, ka VAKO on otsuses 115-10/108402 leidnud, et pakkumuse olulise tingimuse

⁶¹ Vaidlustuskomisjoni 02.07.2009 otsus nr 141-09/111484 (AS Nordecon Infra, AS Napal v OÜ Paikre), punkt 9

⁶² *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v Corporate Officer of the House of Commons* [2000] EWHC Technology 84 (29th June, 2000)

⁶³ S. Arrowsmith. EC procurement rules in the UK courts: an analysis of the *Harmon* case: Part 1. Public Procurement Law Review 2000, 3, pp. 120-134, p. 126

⁶⁴ Arrowsmith 2005, p. 494

⁶⁵ *Ibid.*, p. 495

⁶⁶ Arrowsmith 2000, p. 128

muutmine (maantee eraldusriba laius 13,5 m muudeti 6 m) pärast pakkumuste esitamise tähtaega ei ole kooskõlas RHS-iga.⁶⁷

Pakkumuse olulise tingimuse muutmise keelu sisustamiseks on võimalik vaadata hankelepingu muutmise aluseid. Ka hankelepingu muutmise võimaluse eeliseks on lepingu paindlikkus ja dünaamilisus, mis aitab säästliku hinnaga lõpptulemuseni jõuda, soodustab õiglasi lepingulisi suhteid.⁶⁸ Hankelepingu olulise tingimuse muutmine lepingu täitmise ajal rikub võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid⁶⁹ ja mainitud põhimõtete tagamiseks tuleb lepingu muutmise puhul korraldada uus hankemenetlus, kui sellised tingimused on olemuslikult erinevad algsetest lepingutingimustest ning millest nähtub poolte tahe lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida.⁷⁰ Ka hankelepingu muutmise lubatavus on seega seotud muudetava lepingutingimuse olulisusega. Pakkumuse oluliste tingimuste ja hankelepingu oluliste tingimuste sisustamine lähtub sarnastest alustest – sisuliselt on tegemist hanke samade aspektidega, esimesel juhul kajastuvad need pakkumuses, teisel juhul on need juba sisse kirjutatud sõlmitud hankelepingusse. Üldnimetatud kriteeriumid püstitavad omakorda täiendavaid küsimusi, mis tüüpi või milline muudatuse määr loetakse selliseks, et rakendub nõue korraldada uus hankemenetlus.

Presstext otsuses tõi Euroopa Kohus näite, et hankelepingu muudatus on oluline, kui muudatusega kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu lepingu täitja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.⁷¹ Lisaks lepingu majandusliku tasakaalu kallutamisele tõi Euroopa Kohus näitena lepingu olulisest muudatusest olukorra, et oluliseks pidada muudatust, kus „muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud (...) algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid (...) võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel (...) pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse“. Analoog pakkumuste uuesti käsitlemisega võiks olla olukord, kus pakkuja muudab pakkumust, nii et sinna lisandub midagi, mis seal eelnevalt ei sisaldunud ning ilma sellise muutmiseta ei oleks pakkumust loetud vastavaks või see ei oleks olnud majanduslikult

⁶⁷ VAKO 21.07.2010 otsus nr 115-10/108402 (AS Nordecon Infra v Maanteeamet), punkt 21

⁶⁸ M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica, 2010, nr 4, lk 248-257, lk 249

⁶⁹ *Succhi di Frutta*, punkt 82

⁷⁰ EKo 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, p. 37; *Presstext*, p. 34; Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis C(2007)6661, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluse suhtes. Brüssel, 05.02.2008, lk 8. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_et.pdf (25.04.2011)

⁷¹ *Presstext*, p. 37

soodsaim. Eelneva käsitlese põhjal tuleks asuda seisukohale, et sellised muudatused ei ole ka pakkumuse muutmise puhul lubatavad.

Võttes arvesse mainitud näidetes toodud kriteeriume, on Euroopa Kohus samas otsuses aktsepteerinud ka hankelepingu olulise tingimuse, s.o. hinna sisulist muudatust. *Pressetext* vaidluse puhul muudeti kõigepealt hinda seoses eurole üleminekuga, kui konverteeriti ja ümardati hinda, mis hankija jaoks tähendas 0.3% hinnaalandust. Kohus ei pidanud oluliseks hinna eurodesse arvestamist ja sellega seoses ümardamist põhjusel, et muudatused olid väga väikesed ja objektiivselt põhjendatavad sellega, et need hõlbustavad lepingu täitmist, näiteks lihtsustab arveldustoiminguid.⁷² Seega viitab kohus, et ka väikesed muudatused peaksid olema objektiivselt põhjendatavad. Sama põhimõtte peaks kehtima ka pakkumuse muutmise puhul, s.o. juhul kui pakkumuse muutmist lubada, siis peab see olema tingitud objektiivselt põhjendusest.

Hankelepingu puhul on eelduslikult lubatud ka hinnamuudatus, kui see on tehtud hankija kasuks.⁷³ *Pressetext* otsuses otsustati hinna indekseerimisel tugineda hilisemalt arvutatud indeksile, mitte algselt arvutatud indeksile, nagu oli esialgu ettenähtud, kusjuures uue indeksi kasutuselevõtu võimalus oli lepingus ka ette nähtud. Samal ajal lepitati kokku hinna indekseerimise asemel kindlates hindades aastateks 2002-2004, mis sisuliselt tähendas samuti hankija jaoks hinnaalandust. Hiljem suurendati hankijale tehtavat hinnaalandust mõnede teenuste puhul 15%-lt 25%-le.⁷⁴ Hinna või muu olulise tingimuse muutmise puhul tuleb autori hinnangul eristada eduka pakkumuse valikule eelnevat ja järgnevat faasi. Enne hanke võitja väljakuulutamist ei ole töö autori hinnangul võimalik kehtestada eeldust, et hinnamuudatus või ka muu olulise tingimuse muudatus on lubatud, kui see on tehtud hankija kasuks. Hankija ei ole selles faasis veel teinud lõplikku valikut ning hinna muutmine hankijale soodsamaks võib anda ühele pakkuja ebaausa eelise, sest ta on saanud lepingu olulist tingimust sisuliselt esitada mitu korda.

Küll on aga S. Arrowsmith seisukohal, et eduka pakkuja peetavate arutelude käigus toimuvad hinnamuudatused, kui need on tehtud hankija kasuks, on eelduslikult lubatud.⁷⁵ Pärast eduka pakkumuse valikut ei saa pakkuja enam hinna vähendamisest eelist, sest ta on juba kuulutatud hanke võitjaks, seetõttu on hinnamuudatuse mõju nimetatud faasides erinev.

⁷² *Pressetext*, pp. 60-61

⁷³ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes, 2010, lk 140

⁷⁴ *Pressetext*, p. 23, p. 69, p. 83; M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses, 2010, lk. 250.

⁷⁵ Arrowsmith 2003, p. 261

Kohus viitas *Presstext* otsuses kaudselt, et kui hankijale tehakse muudatusega hinnaalandust, tuleb ka jälgida sellise muudatuse määra, nt konkreetsel juhul toimus hinna indeksi muutmine ainult osade teenuste puhul⁷⁶ ja muudatuse määraks 10%. Ka pärast eduka pakkumuse valikut ei saa hinna alandamine olla piiramatult või suvaline, kuivõrd pärast eduka pakkuja valikut tehtavad muudatused peaksid jääma nõ viimistlemise või lepingu tingimuste lõpliku formuleerimise piiridesse (vt alajaotus 2.2.2.). Samas ei saa pärast eduka pakkumuse valikut eelduslikult lubatavaks hinna suurendamist, nii nagu ka hankelepingu puhul, vaid tuleb jälgida muudatuse määra. Euroopa Kohus on asunud seisukohale, et hinnamuudatus kui lepingu olulise tingimuse muudatus, mis ületab 10% algsest ning mida ei saa õigustada objektiivsetel alustel, ei ole lubatud.⁷⁷ Tegemist oli olulise muudatusega algsetes tingimustes. Samas, märkis Euroopa Kohus *Rennes Railways* otsuses, et isegi juhul kui pikaajaliste läbirääkimiste käigus suurenes hind rohkem kui inflatsioonimäär vastaval perioodil, ei ole see määravaks, et asuda seisukohale, et hilisemate läbirääkimiste eesmärgiks oli lepingu oluliste tingimuste uuesti läbirääkimisteks avamine või muutmine.⁷⁸

Hankelepingu muutmise puhul on järeldatud, et erandina võib hinnamuudatus olla lubatud, ka suurendamine, kui selline võimalus on hanketingimustes ette nähtud, s.o. kui näha näiteks hinnamuudatuse valem üksikasjalikult ette hankedokumentides, siis on hinna muudatus lubatud. Hinna muutmine varem ettenähtud muutmise korra kohaselt võib olla vajalik olukorras, kus ei ole ette teada materjali- või tööjõukulude kõikumine, lepingu täpne ulatus või tarneperiood. Sellistel juhtudel on hinna muutmise korra kindlaksmääramine õiglase riskijaotuse huvides - vastasel korral oleks lepingu täitja sunnitud hinnapaksumisse sisse arvestama ka ettenägematud kulud. Kui hinna muutmise täpne võimalus on hanke lepingu tingimusena hanke menetluses avaldatud, siis on hankija sellist võimalust pakkunud võrdselt kõigile pakkujatele ning ettenähtud muudatuse rakendamist lepingu täitmise käigus ei saa pidada hanke üldpõhimõtete vastuolus olevaks.⁷⁹ Muudatuse tegemiseks ettenähtud raamistik peab olema selline, et kõik hankes osalemisest huvitatud isikud oleksid sellest võimalusest algusest peale teadlikud ja seega pakkumusi esitades võrdsel positsioonil.⁸⁰ Ka ülalviidatud *Rennes Railways* kohtuotsuses olid hinnamuudatused objektiivselt õigustatavad, kuna hinna suurenemine oli varasema lepingu projektis sätestatud hinna redigeerimise meetodi täpse järgimise tulem – selles nägi kohus keskset asjaolu, millest võis järeldada, et

⁷⁶ *Presstext*, pp. 85-86

⁷⁷ EKo 13.01.2005, C-84/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon v. Hispaania kuningriik*, punkt 49; Trepte 2007, p. 193

⁷⁸ *Rennes Railways*, punkt 52

⁷⁹ Simovart, Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses, 2010, lk 252

⁸⁰ *Succhi di Frutta*, p 110, 118 ja 125.

sama läbirääkimiste menetlus oli jätkunud.⁸¹ Samas ei saa sellise võimaluse ettenägemine kindlasti tähendada igasuguse ja suvalise hinna muutmise lubatavust määratlemata suuruses – see peab olema objektiivselt põhjendatav ja tõenäoliselt pigem seotud väliste teguritega (nt inflatsioon).⁸²

Ka enne hankelepingu sõlmimist on võimalik hanketingimustes detailse hinna muutmise raamistiku ettenägemisega võimalik tagada pakkujate võrdne kohtlemine, kuid pigem on selline võimalus asjakohane jällegi eduka pakkumuse valikule järgnevas faasis. Näiteks avaliku ja erasektori partnerlusprojektides ei ole alati võimalik määratleda täpseid pakkumuse kulusid, kuna kulud võivad sõltuda näiteks maapinna või ehitiste seisukorrast (nt kahjuritest olemasolu).⁸³ Kui lepingu täitja soovib neid asjaolusid välja selgitada ise, võib see olla pakkujatele kulukas, kui kõik peavad seda eraldi tegema. Sellises olukorras tundub võimalik anda pakkumuse maksumust puudutavad detailid pärast eduka pakkuja poolt läbi viidud uuringuid, kui need täiendused vastavad eelnevalt kindlaksmääratud maksumuse raamistiku raames.⁸⁴ Ühendkuningriigi Her Majesty's Treasury soovib enne dialoogi lõppu leppida pakkujatega kokku pakkumuste muutmise korras, mis puudutab asjaolusid, mida ei ole eelnevalt võimalik ette näha.⁸⁵

Ülaltoodust nähtub, et väheolulise muudatuse, hankija kasuks ja ka kahjuks tehtud muudatuste lubatavuse puhul on kohtud viidanud teatud objektiivsele põhjendusele või vajadusele, millest on muudatus tingitud. Hankelepingu muutmine ja pakkumuse muutmine on siiski mõnevõrra erinevad olukorrad, mis on tingitud erinevatest vajadustest. Kuigi mõlemad teenivad paindlikkuse saavutamise eesmärki, tekib hankelepingu muutmise vajadus reeglina siiski pikema aja möödudes ning muutmise vajadus või muutmise põhjendus on erinev - näiteks võib hankelepingu muutmise vajaduse tingida majandus-, õigus- või tehnilise keskkonna muutus eriti pikaajaliste projektide, sh avaliku ja erasektori partnerluste puhul.⁸⁶ Samas võistleva dialoogi kaudu hangitavate objektide puhul võib lepingu sõlmimise menetlus kesta märkimisväärse aja. *Rennes Railways* kohtuotsuse puhul leidis kohus, et menetluse vältel, mis kestab pikka aega, võivad menetluse osalised võtta arvesse tehnoloogilisi arenguid, mis toimuvad läbirääkimiste ajal, ilma et nende arvesse võtmine tähendaks igal juhul algsete

⁸¹ Trepte 2007, pp. 191-192

⁸² P. Trepte. *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford University Press 2004, lk. 334-335

⁸³ Arrowsmith 2005, p. 651

⁸⁴ C. Kennedy-Loest. What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue?. *Public Procurement Law Review*, 2006, 6, pp. 316-326 p. 324

⁸⁵ Her Majesty's Treasury Review of Competitive Dialogue. HM Treasury: 2010, p. 25

⁸⁶ M.A. Simovart, *Lepinguvabaduse piirid riigihankes*, 2010, lk. 124

tingimuste uuesti läbirääkimist.⁸⁷ Kui pakkumuse olulise tingimuse muutmise lubatavusel tuleb võtta arvesse objektiivse põhjendust, siis tuleb asuda seisukohale, et pärast pakkumuse esitamist ja hankelepingu sõlmimist saab olulise tingimuse muudatus olla lubatav üksnes väga erandlikel juhtudel, eelkõige eriliselt suurte ja keerukate hangete puhul. Enne eduka pakkuja valikut võiks selliseks erandiks lugeda autori hinnangul üksnes olukorra, kus hankija enda süü tõttu on vajalik anda pakkujale võimalus olulise tingimuse muutmiseks.

Kokkuvõtvalt, pakkumuse olulise tingimuse muutmise keeld ei ole absoluutne - lubatavad on olulisi tingimusi puudutavad vormilised muudatused, millega ei kaasne sisulist erinevust võrreldes algse pakkumusega. Sisulise muudatuse lubatavuse puhul tuleb eristada eduka pakkumuse valikule eelnevat ja järgnevat faasi. Enne eduka pakkumuse valikut tuleb eelduslikult välistada igasugune olulise tingimuse sisuline muutmine, sest olulise tingimuse muudatus võib mõjutada hankija lõplikku valikut, v.a. kui pakkumuse olulise tingimuse muutmise vajadus on tingitud erandlikest objektiivsetest asjaoludest. Eduka pakkumuse valiku järgselt saab olulise tingimuse muutmise keelu sisustamisel lähtuda hankelepingu muutmise reeglitest. Eelduslikult on lubatud hankija kasuks tehtud muudatused. Hankija kahjuks tehtud muudatuste puhul tuleb vaadata muudatuse määra ja kas esineb objektiivne alus muudatuse tegemiseks. Muu hulgas võib selliseks objektiivseks aluseks pidada ka olulise tingimuse muutmise üksikasjaliku raamistiku sätestamist hanketingimustes.

⁸⁷ *Rennes Railways*, punktid 51-53

1.2. Pakkujate ebavõrdse kohtlemise keeld

1.2.1. Keelu rikkumise tuvastamine

Hankija ja pakkuja vahelised läbirääkimised ja pakkumuse muutmine pärast pakkumuste esitamise tähtaega on avatud ja piiratud menetluses, aga ka võistlevas dialoogis, keelatud, kuna hankija võib seeläbi rakendada pakkumuste hindamiseks subjektiivseid kriteeriume, s.o. läbirääkimiste pidamine mõjutab hanke üldpõhimõtete järgimist. Pakkumuse muutmise suhtes on kesksiks põhimõtteks võrdse kohtlemise põhimõte,⁸⁸ s.o. eelkõige on võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõla tuvastamine pakkumuse muutmise lubatavuse kontrolli põhiosaks. Võrdse kohtlemise ning ausa, kontrollitava menetluse tagamiseks on oluline ka läbipaistvuse põhimõtte järgimine, kuivõrd nimetatud põhimõte võimaldab tagada ka võrdse kohtlemise. Järgnevalt vaadeldakse, milles kuidas avaldub võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine pakkumuse muutmise puhul.

Võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus olevaks tuleb pidada hankija poolt pakkujatega läbirääkimiste pidamist ükskõik millisel ajahetkel menetluse vältel hankija seda vajalikuks peab.⁸⁹ Seetõttu on ka hankija läbirääkimiste võimalust oluliselt piiratud nii menetluse kohaldamise alustega kui ka paindlikumates menetlustes (läbirääkimistega menetlused ja võistlev dialoog) täiendavate piirangute seadmisega, eelkõige, mis puudutab läbirääkimiste aega ja ulatust. Kõigile pakkujatele on hanketingimustega antud üks tähtaeg oma parima ja lõpliku pakkumuse esitamiseks – olukorras kus ühele pakkujale antakse võimalus oma pakkumuse sisu muuta, saab ta sisuliselt uue võimaluse pakkumuse esitamiseks. Võrdse kohtlemise sisu on väljendatud Euroopa Kohtu otsuses *Fabricom SA v. Belgian State*⁹⁰ - võrreldavaid olukordi ei tohi kohelda erinevalt ning erinevaid olukordi ei tohi kohelda samaväärselt, välja arvatud juhul kui selline kohtlemine on objektiivselt õigustatud. Võrdse kohtlemise põhimõtte nõuab pakkujatele võrdsete tingimuste kehtestamist, hõlmates ka mitte-diskrimineerimise põhimõtte. Võrdsus riigihankes tähendab eelkõige taotlejate ja pakkujate ühtset ja objektiivset kohtlemist⁹¹ ning põhimõtte tagamiseks peaksid hankija poolt

⁸⁸ Trepte 2007, pp. 311-312

⁸⁹ Neumayr 2002, p. 218

⁹⁰ EKo 03.03.2005, liidetud kohtuasjad C-21/03 ja C-34/03, *Fabricom SA v. Belgia*, punkt 27

⁹¹ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse Asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2006, lk. 54

kehtestatud kriteeriumid võimaldama pakkumisi objektiivselt võrrelda ja hinnata.⁹² Kedagi ei ole lubatud panna eelisseisundisse, keelatud on pakkujatega läbirääkimisi pidada,⁹³ v.a. kui seadus selle ette näeb.

Võrdse kohtlemise põhimõttega on olulisel määral seotud ka läbipaistvuse nõuete järgimine, mis peab välistada hankija otsuste suvalisus ja pakkujate eelistamise.⁹⁴ Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt on selge, et võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise tagamine nõuab ka läbipaistvuse tagamist, mille kaudu on võimalik kontrollida võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist.⁹⁵ Pakkumuse muutmise suhtes on läbipaistvuse suhtes oluline, et iga menetlust reguleerivatest reeglitest teavitatakse ning hankija otsused oleksid kontrollitavad.⁹⁶

Pakkumuse, mis ei vasta kõigile kohustuslikele hanketingimustele, vastavaks tunnistamine on vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega. *Storebaelt* otsuses, mis oli esimeseks kohtuotsuseks, kus Euroopa Kohus sõnastas võrdse kohtlemise põhimõtte⁹⁷ rikkus hankija võrdse kohtlemise põhimõtet, pidades läbirääkimisi pakkujaga, kes ei esitanud vastavat pakkumust, s.o. sisuliselt seisnes rikkumine selles, et pakkuja suhtes ei rakendatud hanketingimustes sätestatud nõuet, mis andis neile teiste pakkujate ees eelise.⁹⁸ Ebavõrdsus tekib seetõttu, et ka teised pakkujad oleksid soovinud esitada pakkumuse soodsamatel tingimustel ning hankija poolt ei ole aus aktsepteerida pakkumust, mille puhul kõiki nõudeid järgitud ei ole. Mittevastava pakkumuse muutmist ja vastavaks tunnistamist analüüsiti ka kohtuasjas *Walloon Buses*, kus Euroopa Kohus leidis, et võrdse kohtlemise põhimõtet rikutakse, kui hankija loeb vastavaks pakkumuse, kus on kasutatud hankedokumentides märgitud bussi varuosade maksumuse arvutamise meetodist erinevat meetodit. Võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumiseks loeti, et hanke alustingimustest erinevat meetodit kohaldades ei järginud hankija enda poolt kehtestatud kriteeriumeid,⁹⁹ s.o. üks pakkuja sai muudetud meetodist eelise. Samas

⁹² Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused preambuli p. 55; direktiiv 2004/18/EÜ preambuli p 46

⁹³ K. Krüger. R. Nielsen. N. Bruun. European Public Contracts In a Labour Law Perspective. Copenhagen : DJOF, 1998, p. 196

⁹⁴ *Succhi di Frutta*, punkt 111

⁹⁵ *Succhi di Frutta*, punkt 111; EKo 12.12.2002, C-470/99 *Universale Bau and Others v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, punkt 91;

⁹⁶ S. Arrowsmith. P. Kunzlik. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge, UK; New York : Cambridge University Press, 2009, p. 101

⁹⁷ S. Arrowsmith, P. Kunzlik 2009, p. 100

⁹⁸ Trepte 2007, p. 314; Arrowsmith 2005, p. 494

⁹⁹ EK 12.09.1995, C-87/94, *Euroopa Ühenduste Komisjon v Belgia (Walloon Buses)*, kohtujurist Lenzi ettepanek, punkt 56

asjas rikuti võrdse kohtlemise põhimõtet, kuna ainult ühele pakkujale anti võimalus hangitavate sõidukite kütusekulu kohta uusi andmeid anda,¹⁰⁰ s.o. pakkumust parendati.

Võrdse kohtlemise põhimõtet rikub, kui hankija tunnistab vastavaks mitte tähtaegselt esitatud pakkumuse. Kohtuasjas *Azam Co v LSC*, kus oli tegemist pakkumuse mittetähtaegse esitamise küsimusega, leides, et ajapikenduse andmine omab ebaõiglast mõju teiste, tähtaega järginud pakkujate suhtes. Paljud pakkujad oleksid ehk samuti soovinud rohkem aega oma pakkumuse täiustamiseks, kuid ei palunud lisa-aega, juhindudes hankedokumentides sätestatud tingimusest, et ajapikendust ei anta. Sellistel asjaoludel rikuks ajapikenduse andmine võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid.¹⁰¹

Pakkumuse väliselt teadaoleva teabega arvestamine võib samuti kujutada endast ohtu võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetele. Hankija peab suutma tuvastada, kas pakkumus vastab kõigile kehtestatud nõuetele,¹⁰² s.o. hankija peab suutma tuvastada pakkumuse vastavuse ja majandusliku soodsuse üksnes pakkumuse põhjal. Hangetel osalevad nii ettevõtjad, kes on eelnevates hangetes korduvalt osalenud kui ka uued pakkujad. Nimetatud pakkujatel peavad olema võrdsed võimalused hankes osalemisel ning parima pakkumuse esitamisel ning pakkuja ei tohiks paluda, et hankija arvestaks ka hankijale pakkumuse väliselt teadaoleva teabega (näiteks on sama pakkuja eelnevalt hankelepinguid sõlmitud). Esiteks on pakkuja poolt formaalse pakkumuse esitamise ja hankedokumentides sätestatud dokumentide loetelu eesmärgiks on, et hankija saaks pakkumuse põhjal, ilma väliste allikateta, teha soodsaima valiku. Pakkujal ei ole reeglina kohustust hankida puuduolevat teavet lisaks pakkumusele. Täiendavalt tuleb märkida, et hankija ei saa ega peagi teadma, kas teave, mis tal pakkumuse väliselt on olemas, on ka konkreetsel ajahetkel kehtiv. Teiseks, pakkuja, kes on varem hangetes osalenud ning kelle suhtes hankija võtab arvesse pakkumuse välist teavet, saab ebaausa eelise pakkuja ees, kes osaleb hankel esmakordselt ning kelle suhtes hankijal ei ole eelnevalt andmeid.

Juhul kui hankija peab eduka pakkujaga läbirääkimisi hankelepingu tingimuste viimistlemiseks, põhjustab oluliste uute nõuete seadmine või tingimuste muutmine ebavõrdset kohtlemist – see ei anna kõigile huvitatud isikutele võimalust, et hankija hindab nende pakkumust kõige viimaste hanketingimuste kohaselt, sest need pakkujad olid juba eelnevalt

¹⁰⁰ Trepte 2007, p. 315

¹⁰¹ *Azam & Co Solicitors v Legal Services Commission* [2010] EWCA Civ 1194, 10.09.2010, punktid 50-51

¹⁰² *Succhi di Frutta*, p. 111

kõrvale jäetud.¹⁰³ Ühtlasi rikub võrdse kohtlemise põhimõtet eelduslikult see, kui hankija lubab pärast eduka pakkuja valikut tõsta hanke hinda või muuta muid olulisi tingimusi hankija kahjuks.¹⁰⁴ Oluliselt erinevate uute nõuete seadmisel pärast eduka pakkuja valikut tuleb käimasolev menetlus lõpetada ning läbi viia uus hankemenetlus.

Pakkumuste muutmise puhul tekib paratamatult küsimus, kas on üldse võimalik pakkujate võrdne kohtlemine olukorras, kus ühele pakkujale antakse võimalus pärast pakkumuste esitamise tähtaega viga parandada või kinnitada pakkumuses esitatud andmeid. Ebavõrdne kohtlemine ei tähenda alati diskrimineerimist (mõiste on siin kasutatud tavakeele tähenduses) ning samamoodi võrdne kohtlemine võib tähendada diskrimineerimist. Näiteks hanke sotsiaalsete eesmärkide saavutamist läbi riigihangete on erialakirjanduses nähtud nn vertikaalse võrdsuse ilminguna,¹⁰⁵ st erinevaid isikuid koheldakse erinevalt eesmärgiga vähendada teatud paratamatuid ühiskondlikke erinevusi. Riik püüab vähendada sotsiaalset ebavõrdsust, mida turg põhjustab, selline riigi tegevus on olemuslikult ebavõrdne kohtlemine.¹⁰⁶ Erinevate olukordade ühetaolise kohtlemisega on tegemist ainult juhul, kui see element, mille poolest olukorrad üksteisest erinevad, on asjaomaste ühenduse õigusnormide ja nendega taotletavate eesmärkide seisukohast olulise tähtsusega.¹⁰⁷ Pakkumuse muutmise kontekstis on see seotud olulise tingimuse muutmise keeluga, s.o. olulise tingimuse sisuline muudatus toob eelduslikult alati kaasa võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise. Mitteolulise tingimuse muutmise või olulise tingimuse vormilise muutmise puhul mõju võrdse kohtlemise põhimõttele puudub.

Kuivõrd võistlev dialoog on avatud ja piiratud menetlusest märkimisväärselt erinev menetlus, siis on viidatud, et direktiivi 2004/18 artiklit 29 tuleb tõlgendada asjaolu valguses, et võistlevat dialoogi kasutatakse eriliselt keerukate lepingute jaoks, mis lubab suuremat paindlikkust¹⁰⁸ - seega tuleks pakkumuse muutmise õigus sisustada vastavalt lepingu keerukusele.¹⁰⁹ Väga range ja formaalne hangete regulatsioon võib eriliselt keerukate hangete puhul väljenduda ostuotsustes, mis on vähem optimaalsed.¹¹⁰

¹⁰³ Arrowsmith 2005, p. 548

¹⁰⁴ Arrowsmith 2005, p. 662

¹⁰⁵ Trepte 2004, p. 14

¹⁰⁶ Arrowsmith 2003, p. 327

¹⁰⁷ EK C-34/08, 03.03.2009 *Azienda Agricola Disarò Antonio jt v. Cooperativa Milka 2000 Soc. coop. Arl*, kohtujurist Trstenjaki ettepanek, punkt 54

¹⁰⁸ Arrowsmith 2005, p. 655, pp. 651-652.; Kennedy-Loest 2006, 318; Brown 2004, p. 161; Competitive Dialogue Procedure: OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations. Office of Government Commerce: 2006, p. 6

¹⁰⁹ Arrowsmith 2005, p. 656, p. 662. Märkus: Lepingu keerukus ei pea olema piiratud menetlusliigiga.

¹¹⁰ Trepte 2004, p. 127

RHS ega hankedirektiiv ei sätesta keeldu võtta arvesse hankeobjekti ja hankelepingu erilist keerukust. Sellegipoolest tuleb hankelepingu keerukuse arvesse võtmisel järgida hanke üldpõhimõtete poolt seatud piire, s.o. hankelepingu keerukus ei saa õigustada hanke üldpõhimõtte rikkumist. Seetõttu tekib küsimus, kuidas on võimalik saavutada, et võrdse kohtlemise põhimõtet ei rikuta, samas kui lubatakse suuremat paindlikkust, kuivõrd mida suuremas ulatuses on lubatud pakkumuse muutmise, seda tõenäolisem on, et toimub pakkujate ebavõrdne kohtlemine. Võrreldes avatud ja piiratud menetlusega, on Arrowsmith märkinud, et võistlevas dialoogis on seadusandja juba algselt arvestanud suurema diskrimineerimise riskiga, mis on tingitud säästlikkuse saavutamiseks olulisest paindlikkuse vajadusest.¹¹¹

T. Ojasalu viitab oma magistritöös võrdse kohtlemise põhimõtte puhul olulise ja vähemolulise riive eristamisele, märkides, et viimase puhul peab hankija põhjendama, et tal on teatud kriteeriumi või tingimuse kehtestamiseks objektiivne põhjus ning see ei ole meelevaldne.¹¹² Ebavõrdse kohtlemise õigustamiseks tuleb tõendada, et selle tingisid objektiivsed asjaolud¹¹³ - olukorras, kus pakkuja on teinud pakkumuses vea või on pakkumuse sisu ebaselge, kusjuures puudus on objektiivselt põhjendatav, peab olema võimalus puuduse kõrvaldamiseks. Erinevat kohtlemist on võimalik õigustada näiteks asjaoluga, et pakkumuse muutmise vajadus või ka pakkumuse hilinenult esitamine on tingitud erandlikest asjaoludest, eelkõige kui see on seotud hankija veaga - pakkuja, kelle suhtes esinevad erandlikud asjaolud, ei ole teiste pakkujatega võrreldavas situatsioonis.¹¹⁴

Kas säästlikkuse saavutamine ja paindlikkuse vajadus võiks olla selliseks objektiivseks põhjuseks, mis õigustab väheolulist riivet pakkujate õigusele võrdsele kohtlemisele? Euroopa Komisjoni menetletud vaidluses *London Underground PPP* oli tegemist väga keeruka projekti ja hankega ning kõnealuses asjas võttis kohus võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise analüüsimisel seda asjaolu arvesse, s.o. vaatles ka hankija objektiivseid vajadusi. Komisjon viitas paindlikule lähenemisele, mis on vajalik suure infrastruktuuri arendusprojekti puhul, mida võib pidada eriliselt innovaatiliseks ja keerukaks.¹¹⁵ Säästlikkus on hankija legitiimne

¹¹¹ Arrowsmith 2005, p. 656

¹¹² T. Ojasalu 2006, lk. 54-55

¹¹³ EKo 13.05.1986, C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, punktid 30-31

¹¹⁴ Arrowsmith 2005, p. 497-498

¹¹⁵ Decision of the European Commission in Case N-264/2002, *London Underground Public Private Partnerships*, Decision of October 2, 2002, O.J. 309/15, p. 38

taotlus,¹¹⁶ mida liikmesriigi hankijatel ei ole keelatud järgida. Hanke üldpõhimõtete ja hanke säästlikkuse kooskõla tagamiseks tuleb anda hankelepingu keerukusele kui kaalutluse teatud väärtus,¹¹⁷ s.o. hankija peab kaalutlusotsust tehes kaaluma kõiki olulisi asjaolusid ning seda tehes andma igale kaalutlusele teatud väärtuse, sh kas ja kui oluline on konkreetse asjas võtta arvesse ka hankelepingu keerukust. Riigikohus on märkinud näiteks, et ajaloolise tänavapildi taastamine võib küll olla legitiimne avalik huvi, kuid selle realiseerimine ei või toimuda piirkonda elama sattunud isikute arvelt,¹¹⁸ s.o. tänavapildi taastamise argument üksi ei olnud piisavalt kaalukas, et õigustada hoone ehitamist naabritele nii lähedale, et viimaste eluruumis päevavalgus olulisel määral väheneb.¹¹⁹ Samamoodi võib ka suurema paindlikkuse ja hanke säästlikkuse saavutamine olla hankija legitiimne taotlus, kuid sellise eesmärgi õigustatust tuleb alati hinnata hanke üldpõhimõtete suhtes. Autori hinnangul võib hankelepingu eriline keerukus teatud juhtudel olla objektiivne põhjus, mis õigustab ka võrdse kohtlemise põhimõtte vähemolulist riivet.

Kuivõrd võistleva dialoogi suhtes sätestab hankedirektiiv 2004/18/EÜ eraldi pakkumuse muutmise regulatsiooni, siis võiks võistleva dialoogi suhtes kehtiva artikli 29 sõnastust lugedes tekkida küsimus, kas võistlevas dialoogis on keelatud üksnes pakkujate diskrimineerimine. Nimetatud säte viitab nimelt diskrimineerimise, mitte võrdse kohtlemise keelule. Diskrimineerimise keelu sisuks on põhimõte, et kõiki kaupu, isikuid, teenuseid ja kapitali tuleb kohelda väljaspool oma riiki samaväärselt teise liikmesriigi vastavate kaupade, isikute, teenuste ja kapitaliga¹²⁰ välja arvatud juhul, kui selline kohtlemine on objektiivselt õigustatud.¹²¹ Diskrimineerimise põhimõtet on nähtud kui võrdse kohtlemise põhimõtte erijuhtu.¹²² Olgugi et direktiivi sätet viitavad terminoloogiliselt diskrimineerimise keelule, leiab autor, lugedes sätet koos viitega konkurentsi moonutamise keelule ja lähtudes asjaolust, et hankedirektiivi läbivaks põhimõtteks on võrdne kohtlemine,¹²³ ilma et seda oleks pakkumuse muutmise kontekstis eraldi märgitud, tuleb asuda seisukohale, et keelatud on võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine. Ka töös käsitletav kohtupraktika viitab, et

¹¹⁶ Arrowsmith 2003, pp. 174-175

¹¹⁷ A. Aedmaa. E. Lopman. N. Parrest. I. Pilving. E. Vene. Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, lk. 284

¹¹⁸ RKHKo 3-3-1-42-03, punkt 33

¹¹⁹ Kaalutavate asjaolude kohta RKHKo 3-3-1-42-03, p. 34; RKHKo 3-3-1-67-01 p. 6; RKHKo 3-3-1-54-03, p. 41

¹²⁰ EKo 10.04.2003, liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon v Saksamaa Liitvabariik*, punkt 62

¹²¹ EK 03.03.2009, C-34/08, *Azienda Agricola Disarò Antonio jt v. Cooperativa Milka 2000 Soc. coop. Arl*, kohtujurist Trstenjaki ettepanek, punkt 51

¹²² Trepte 2007, p. 201

¹²³ *Storebaelt*, p. 33

pakkumuse muutmise lubatavusel peab pakkujate võrdne kohtlemine põhinema enamal kui rahvuslik kuuluvus.

Direktiivi 2004/18 artikli 29 lõiked 6 ja 7 viitavad ebavõrdse kohtlemise ja konkurentsi moonutamise võimalusele või ohule. Kas see tähendab, et võistleva dialoogi puhul, isegi kui ei ole tuvastatud ebavõrdset kohtlemist, võib pakkumuse muutmine olla keelatud, juhul kui on tuvastatud vastav oht. Tuleb märkida, et selline eristamine on keeruline ning tihti ei ole võimalik hankija otsuse potentsiaalse otsuse mõjusid ette näha. Tõenäoliselt ei ole põhjendatud ka käsitus, et võistleva dialoogi puhul on viidatud keelu sisu erinev. Seetõttu on autor seisukohal, et lõigete 6 ja 7 sõnastust tuleb mõista kontekstis, kus hankija alles otsustab, kas anda pakkujale võimalus pakkumuse muutmiseks, s.o. hankijal on kohustus hinnata, kas tema otsuse võib mõjutada pakkujate võrdset kohtlemist ja moonutada konkurentsi. Sõnastus viitab kaudselt ka sellele, et hankijal on lai diskretsioon selles suhtes, kui ta leiab, et tema otsus võib potentsiaalselt omada mõju võrdsele kohtlemisele. Teiselt poolt, hankija õigust lubada pakkumust muuta, ei saa autori hinnangul lugeda õigusvastaseks üksnes alusel, et oli oht põhimõtete rikkumisele.

Töös käsitletud kohtupraktika põhjal nähtub, et kohtud on pakkumuste muutmise lubatavuse keskmeks pidanud võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumise keeldu. Kirjeldatud võrdsel kohtlemisel põhinevat lähenemist on ka kritiseeritud ning selle põhjuseks peetud hankedirektiivis pakkumuse muutmise regulatsiooni puudumist¹²⁴. Selle asemel, et lähtuda eesmärgist, mida pakkumuste muutmine võiks teenida, on kohtud lubatavuse hindamisel kaalunud, mis mõju avaldab pakkumuse muutmine pakkujate võrdsele kohtlemisele. Seetõttu on kohtute sellisele lähenemisele ette heidetud, et praktikas tekitab see olukorra, kus hankemenetluses ei vaadata enam, kuidas saaks menetlust paremini korraldada vigade, puuduste või täiendava teabe suhtes, vaid keskendutakse üksnes riskide juhtimise poolele, s.o. riskile, et hankija otsus vaidlustatakse.¹²⁵ Trepte viitab siinkohal ka kohtuotsusele *Rennes Railways* kus kohus järgis mõnevõrre erinevat lähenemist üldisest võrdse kohtlemise põhimõtte kesksest lähenemisest. Ühelt poolt saab nõustuda, et võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise eesmärgiks ei saa olla juriidilise riski vältimine või ka pakkumuse esitamise formaalsete nõuete ületähtsustamine. Nii nagu ülal märgitud, kui esineb siiski objektiivne põhjendus pakkujate erinevaks kohtlemiseks, siis võiksid hankijad enam lähtuda ka pakkumuse muutmise regulatsiooni eesmärkidest – ka kaalutlusnormi eesmärgiga arvestamine

¹²⁴ Märkus: Regulatsioon puudub avatud ja piiratud menetluse puhul.

¹²⁵ Trepte 2007, pp. 311-312

on üks kaalutusotsuse tegemise elemente. Teiselt poolt on üldpõhimõtete, k.a. võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine hankemenetluses eesmärgiks omaette¹²⁶ ning lõpptulemusena peaksid EL riigihangete puhul säästlikkuse tagama mitte hankija diskretsioon ja subjektiivsed kaalutlused, vaid läbipaistev ja kontrollitav menetlus.¹²⁷

Võrdse kohtlemise põhimõte seab pakkumuse muutmisele seega olulisi piiranguid. Võrdse kohtlemise põhimõtet rikub, kui hankija lubab ühel või mõnel pakkujal muuta sisuliselt mittevastava pakkumuse vastavaks pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Samuti tuleb ebavõrdse kohtlemise keeldu rikkuvaks üldjuhul lugeda muudatused, millega muutub pakkumuse majanduslik soodsus, pakkuja ajapikenduse andmine, aga ka pakkumuse välise teabe arvesse võtmine. Pakkumuse mitteoluliste tingimuste, olulise tingimuse vormilise muutmise, aga ka pakkumuse detailidega täiendamise puhul, tuleb asuda seisukohale, et pakkuja erinev kohtlemine ei ole olulise tähtsusega ning seda ei tule lugeda keelatud ebavõrdseks kohtlemiseks. Võrdne kohtlemine tuleb tagada ka võistlevas dialoogis, samas on võistleva dialoogi puhul jällegi leitud, et pakkumuste muutmise puhul pärast esitamise tähtaega võiks hankijal olla suurem kaalutusruum kui avatud ja piiratud menetluses. Kuivõrd on leitud, et võistlevas dialoogis on seadusandja juba algselt arvestanud suurema diskrimineerimise ohuga, siis juhul kui hankelepingu keerukas olemus nõuaks pakkumuse muutmise lubamist laiemas ulatuses kui avatud ja piiratud menetluses, võiks olla tulenevalt hankelepingu erilisest keerukusest kui objektiivsest põhjendusest lubatud väheoluline riive pakkuja õigusele võrdsele kohtlemisele.

¹²⁶ Arrowsmith 2005, p. 425

¹²⁷ Neumayr 2002, p. 218

1.2.2. Hanketingimuste võrdne kohustuslikkus

Euroopa Kohus on märkinud, et olgugi et hankijal on kohustus hanketeates sätestada kõik tingimused selgelt ja täpselt, ei ole hankijal kohustust näha ette ja sätestada iga võimaliku, ükskõik kui harva esineva olukorra jaoks eraldi käitumisjuhust.¹²⁸ Nagu ülal tuvastatud, hankija kaalutlusõigus lubada pakkumust muuta tuleneb seadusest ning ei ole seotud vastava õiguse ettenägemisega või detailsete reeglite ettenägemisega hanketingimustes. Ühelt poolt võimaldab pakkumuse muutmise reeglite sätestamine hanketingimustes tagada suurema läbipaistvuse ning vähendada ebavõrdse kohtlemise riski. Teiselt poolt, kui hankija on hanketeates sätestanud väga täpsed reeglid, mille ühesugust kohaldamist kõigi pakkujate suhtes nõuab võrdse kohtlemise põhimõte, ei pruugi tingimuse täpne järgimine olla põhjendatud, seetõttu on vaja uurida, kas hanketingimuste võrdne kohustuslikkus on absoluutne või on hankijal õigus jätta mõni hanketingimus kohaldamata.

Kõigile pakkujatele tuleb tagada võrdsed võimalused pakkumuste koostamisel.¹²⁹ Võrdse kohtlemise põhimõte nõuab, et hanke tingimusi kohaldatakse kõigi pakkujate suhtes samaväärselt. Sellegipoolest, pakkuja vastutus on tagada, et pakkumus oleks vigadeta ja selles oleks esitatud õige teave, sest kõigile isikutele on algselt antud võrdsed võimalused, mille põhjal pakkumus koostada, kusjuures olukorras, kus hanketingimused on ebaselgelt koostatud, siis on need selliselt edastatud kõigile isikutele. See, et hankijal on kohustus täpselt juhinduda sätestatud hanketingimustest teenib järgimisi eesmäärke: võrdne kohtlemine, mittediskrimineerimine, konkurentsi edendamine, menetluse erapooletus, eelistamise ja suvalisuse vältimine ja kõigi huvitatud isikute kohtlemine, sh nende pakkumuste hindamine, vastavalt ette kindlaksmääratud reeglitele.¹³⁰ Samu põhimõtteid on Euroopa Kohus väljendanud ka kohtuotsustes *Storebaelt* ja *Walloon Buses*.

Hanketingimuste range kohaldamise nõuet märgib ka VAKO. Kui hanketingimustes on nõutud, et pakkuja peab esitama hangitavate riulite detailse spetsifikatsiooni, ilma nõudeta, et see spetsifikatsioon peab kirjeldama riuli vastavust tehnilisele kirjeldusele, on pakkuja täitnud hanketingimustes sätestatud nõude ainuüksi spetsifikatsiooni esitamisega.¹³¹ Hankija ei saa sellisel juhul pakkumust mittevastavaks tunnistada – isegi kui hanketingimused on

¹²⁸ EKm, 20.04.2007, C-189/06 P, *TEA-CEGOS ja STG v Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECR-is avaldamata, punkt 30

¹²⁹ *Succhi di Frutta*, p. 110

¹³⁰ *The Law Society, R (on the application of) v Legal Services Commission* [2007] EWCA Civ 1264 (29 November 2007), p. 43

¹³¹ VAKO 17.06.2011 otsus nr 113-11/124490 (AS KRK-Labor v Tartu Ülikool), punkt 9

koostatud ebaselgelt või ebaotstarbekalt, on hankija kohustatud neid kõigi pakkujate suhtes kohaldama.

Kohtud on eristanud hanketingimuse otseselt kohaldamata jätmist ning hanketingimusega antud õiguse kasutamata jätmist. *Tideland Signal v. Commision* otsuses, millele vaidlustajad tihti tuginevad, hindas kohus, et hankija mitte ei jätnud kohaldamata hankedokumentides sätestatud tingimust, vaid hankija veaks oli see, et ta ei rakendanud talle hankedokumentidega antud õigust. Sama eristas kohtunik ka *All About Rights v Legal Services Commission* kohtuasjas. Hankija rikuks selgesõnalist hanketingimust, kui lubaks ühe pakkumuse vormi täielikult uuesti esitada ja pakkumuse vastavaks tunnistada pärast pakkumuste esitamist. Puuduolev vorm oli üks pakkumuse oluline osa.¹³²

Juhul kui hankija on hanketingimustes sätestanud, et hankijal on õigus pakkujalt menetluse vältel täiendavat teavet või selgitusi küsida,¹³³ siis on hankijal kohustus selliseid tingimusi kohaldada.¹³⁴ Olgugi, et õigus küsida pakkujalt selgitusi eksisteerib isegi, kui seda ei ole selgesõnaliselt hanketingimustes sätestatud,¹³⁵ on pakkumuse muutmise võimalusele hanketingimustes viidatud ka kui võrdse kohtlemise tagamisele. Ühendkuningriigi otsuses, mis puudutas pakkumuses vea parandamist e-riigihankemenetluses esitatud pakkumuse esitamisel, väitis vaidlustaja, et ebavõrdset kohtlemist ei saa toimuda temale pakkumuse parandamise võimalust andes, kuna kõigil pakkujatel oli iseenesest olemas võimalus sellised kontrollitavaid vigu parandada,¹³⁶ s.o. hankedokumentides oli sätestatud kõigile pakkujate suhtes reegel, et kui nende pakkumuses peaks olema viga, siis on seda teatud juhtudel võimalik parandada. Sellise seisukohaga ei saa nõustuda, kuivõrd selline tingimus peaks ka sisuliselt olema seotud võrdse kohtlemise põhimõtte kontrolliga – hanketingimustega ei saa seadustada midagi, mis seaduse järgi ei ole lubatud.

Olgugi, et hankedokumendid võivad sätestada vigade parandamise õiguse, ei saa see tähendada vigade parandamist laiemas ulatuses kui võimaldavad seadus ja hanke üldpõhimõtted. *JB Leadbitter & Co* kohtuasjas väitis pakkuja, et teda on ebavõrdselt koheldud, sest hankedokumentides oli sätestatud võimalus parandada vigu tähtaegselt esitatud pakkumustes, kuid mitte pakkujate suhtes, kelle pakkumust ei loetud nõuetekohaselt esitatuks.

¹³² *All About Rights Law Practice, R (on the application of) v Legal Services Commission* [2011] EWHC 964 (Admin) (14 April 2011), p. 63

¹³³ *JR Jones Solicitors v Legal Services Commission* [2010] EWHC 3671 (Ch) (16 December 2010), p. 15

¹³⁴ *Tideland Signal Ltd*, p. 38

¹³⁵ Arrowsmith 2005, p. 497

¹³⁶ *JR Jones Solicitors*, p. 34

Pakkuja, kes juhtis ise hankija tähelepanu asjaolule, et pakkumuse üks oluline osa jäi esitamata, väitis, et kui ta seda teinud ei oleks, oleks pakkumus loetud tähtaegselt esitatuks ja talle oleks võimaldatud oma viga parandada ja pakkumuse lisad hiljem esitada.¹³⁷ Kohtunik leidis, et hankedokumentides sätestatud vigade parandamise võimaluse eesmärk ei olnud suunata pakkujaid esitama poolikuid pakkumusi ega olla meetmeks, mille kaudu pakkujad saavad esitada olulisi dokumente või dokumentide osi pärast tähtaega.¹³⁸ Hanketingimustes pakkumuse muutmise õiguse ette nägemise puhul tuleb asuda seisukohale, et see saab olla üksnes seaduses sätestatud põhimõtte uuesti sätestamine. Samas, nagu eelnevalt tuvastati, juhul kui hanketingimustes on sätestatud üksikasjalik pakkumuse muutmise raamistik, mis on menetluse algusest alates olnud teada kõigile huvitatud isikutele, võib see omada iseseisvat tähendust, sh ka juhul kui muudatus puudutab pakkumuse olulist tingimust.

Vastupidiselt olukorrale, kus hanketingimused näevad ette hankija õiguse pakkumuse muutmise lubamiseks, võib hankija sätestada hanketingimustes pakkuja täieliku vastutuse pakkumuses antava teabe õigsuse ja täielikkuse suhtes, siduda ennast tingimusega, et kõik mittevastavad pakkumused jäetakse arvesse võtmata ning hankijal ei ole kohustust võtta pakkujaga ühendust pakkumuse sisu selgitamiseks või puuduoleva teabe hankimiseks.¹³⁹ Üldreegli järgi tuleks hankijal viidatud tingimusi kohaldada kõigi pakkujate suhtes – kõik mittetäielikud pakkumused tuleb jätta kõrvale, s.o. hankijale tuleb ette heita, kui pakkujal lubatakse parandada viga, olgugi et hanketingimustes oli sätestatud, et kõik mittevastavad pakkumused jäetakse kõrvale.¹⁴⁰ Sellise seisukohaga tuleb nõustuda. Juhul kui hankedokumentides on selgelt sätestatud, et pakkumuse esitamisel ajapikendust ei anta, siis sellise tingimuse kohaldamata jätmine mõne pakkuja suhtes rikub võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid põhjusel, et ka teised pakkujad oleksid ehk soovinud oma pakkumust parendada, kui neil oleks olnud lisanädal, kuid hanketingimustes sätestatust tulenevalt nad seda ei teinud.¹⁴¹

Üldine kohustus anda pakkujale võimalus vea parandamiseks (ilma et oleks tuvastatud hankija poolne viga) allub seega hankija kohustusele kohaldada hankemenetluse reegleid järjepidevalt ja võrdselt kõigi isikute suhtes, ning mitte võimaldada ühel pakkujal pakkumust

¹³⁷ *J B Leadbitter & Co Ltd v Devon County Council* [2009] EWHC 930 (Ch) (01 May 2009), paragraph 43

¹³⁸ *Ibid.*, p. 44

¹³⁹ *JR Jones Solicitors* p. 13; *All About Rights*, p. 18

¹⁴⁰ *JR Jones Solicitors*, p. 69

¹⁴¹ *Azam & Co Solicitors*, p. 70

muuta ja seeläbi suurendada oma väljavaateid pakkumuse edukusele.¹⁴² Õigust diskretsioonile pakkumus tagasi lükata tuleb omakorda rakendada kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, s.o. kui hankija lükkab tagasi ühe pakkumuse mõne nõude täitmata jätmise tõttu, siis peab ta tagasi lükkama ka kõik teised pakkumused, mille puhul on jäetud täitmata sama nõue.¹⁴³

Eeltoodut arvesse võttes, ei ole siiski autori hinnangul hankija kohustus kohaldada hanketingimusi absoluutne ning kohaldamata jätmise ei saa olla igal juhul välistatud. Euroopa Kohus on proportsionaalsuse põhimõttega seoses väljendanud, et erinevate asjaolude või olukordade suhtes ei saa rakendada samaväärse mõjuga meetmeid.¹⁴⁴ Samamoodi ei saa hankija alati kohaldada hankedokumentides sätestatud nõudeid sarnaselt olukordades, mis on oluliselt erinevad. Proportsionaalsuse põhimõte võib nõuda kaalutlusõiguse kasutamist, kui hanketingimuste liiga range kohaldamine võib viia ebaproportsionaalse tulemuseni.¹⁴⁵ Hankija peab kaaluma oma keelduva otsuse tagajärgi pakkuja suhtes.¹⁴⁶ Olgugi, et eksisteerib hanketingimuste kohaldamise kohustus, on avaliku õiguse normide kohaselt avalikul võimul kohustus toimida õiglaselt. Kaalutlusõiguse rakendamine eksinud pakkuja kasuks peaks põhinema kõikidel asjaoludel mis saavad ja mis peaksid olema avalikule võimule teada, ning õigluse mõiste sisaldab ka mõistlikku võimalust parandada ilmseid vigu, ilma muutmata pakkumuse olemust.¹⁴⁷ Autori hinnangul ei ole alati põhjendatud pakkumuse muutmise keelamine olukorras, kus pakkumuse muutmine puudutab üksnes pakkumuse formaalseid või muid mitteolulisi tingimusi, isegi kui hanketingimuste järgi oleks muutmine keelatud, s.o. hanketingimustega ei saa hankija välistada selliseid muudatusi, mille lubatavus tuleneb proportsionaalsuse põhimõttest (vt alajaotus 2.1.3).

Olukorras, kus puudus pakkumuses on tingitud hankijast sõltuval põhjusel, ei ole põhjendatud, et hankija kohaldab hanketingimust, mille tulemusena pakkumus tunnistatakse mittevastavaks. Kohtuotsustes *Azam & Co* otsuses ning *JB Leadbitter & Co* märkisid kohtud, et kaalutlusotsuse tegemisel peab hankija vaatama, kas tähtajaga hilinemine oli tingitud hankijapoolsest veast. *Azam & Co* kohtuasjas oli pakkuja ise olnud hooletu hankija veebilehe jälgimisel ning eeldas, et tal on õigus eraldi hankija poolsele teavitusele pakkumuse esitamise tähtajast, mistõttu kohus leidis, et hankija ei käitunud ebaproportsionaalselt, kui ei lubanud

¹⁴² *Hoole & Co (a firm), R (on the application of) v Legal Services Commission* [2011] EWHC 886 (Admin) (15 April 2011), punkt 30

¹⁴³ Arrowsmith 2005, p. 497

¹⁴⁴ M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses. *Juridica*, 2006, nr 3, lk 151-158, lk 156-157

¹⁴⁵ *All About Rights*, p. 59; *Antwerpse Bouwwerken NV*, p. 65.

¹⁴⁶ P. Henty. Extensions to the tender deadline: the case of *Azam & Co v Legal Services Commission*. *Public Procurement Law Review*, 2010, 5, pp. 206-208, p. 207

¹⁴⁷ *Hoole & Co*, p. 30

pakkumust pärast tähtaega esitada.¹⁴⁸ Ühelt poolt pidi hankija kaaluma tagajärgi, mida tema otsus pakkujale põhjustab ning milline oli hankija osa pakkumuse mittetähtaegselt esitamisel, teiselt poolt tuli järgida võrdse kohtlemise põhimõtet, mis keelab hanke tingimuste erineva kohaldamise samas situatsioonis olevate pakkujate suhtes.

Olgugi, et hankijal ei pruugi olla kohustust lükata tagasi pakkumus, mis ei ole esitatud vastavalt kõigile formaalsustele, on hankijal igal juhul üldine diskretsioon seda teha. Vastasel juhul saaksid pakkujad jätta tähelepanuta nõuded, mis on seatud menetluse sujuva toimimise nimel.¹⁴⁹ Juhul kui hankija on hanketingimustes sätestanud, et ei võta pakkumuse vastavaks tunnistamisel või hindamisel arvesse teavet, mis on hanketingimustega küll nõutud, kuid mis on hankijale kättesaadav muudest allikatest või ka näiteks eelnevalt sama pakkuja poolt sõlmitud hankelepingute või esitatud pakkumuste põhjal. *Hossacks* kohtuasjas väitis pakkuja, et ta oleks pidanud saama Northamptonshire'i piirkonna suhtes hankelepingu, kui võrd hankijale oli teada, et pakkuja tegutseb seal tegelikult täisajaga kontoris, olgugi et pakkumuses ei olnud seda otseselt märgitud. Hanketingimustes oli sätestatud, et pakkuja peab vastama kõigile hanketingimustes toodud küsimustele, isegi kui ta on eelnevalt sama informatsiooni hankijale juba esitanud või kui pakkuja arvab, et hankijal on vastav teave juba olemas.¹⁵⁰ Hankija ei võtnud arvesse pakkuja selgitust, et tegelikult töötab Northamptonshire'i kontor täistööajaga. Nimetatud lahendis on näha kohtu küllaltki kitsas tõlgendus, kusjuures hankedokumentidele omistatakse väga suur tähendus – sisuliselt oli hankijale teada, et Northamptonshire'i piirkonna suhtes vastav pakkumuse hanketingimuste sisulistele nõuetele. Nagu eelmises alajaotuses selgus, siis pakkumuse välise teabe arvesse võtmine võib samuti olla võrdse kohtlemise põhimõtet kahjustav, mistõttu tuleb siiski märkida, et kui hankija on hanketingimustes sellise formaalse nõude ette näinud, siis tuleb seda järgida.

Olgugi et eelnevates alajaotustes on tuvastatud, et vormiliste puudustega pakkumuste vastavaks tunnistamine on reeglina lubatud, siis pakkumuse esitamise puhul e-riigihangete süsteemis tuleb silmas pidada, et see allub rangelt ette antud pakkumuse vormi reeglitele, s.o. teavet tuleb anda vormis, millise süsteem ette näeb. Kuigi üheks e-riigihangete eesmärgiks on ka vigade vähendamine, siis teiselt poolt on elektroonilises süsteemis ka lihtsam vigu teha (näiteks rippmenüüst jah-ei vastust valides valitakse ekslikult 'jah' vastuse asemel 'ei',

¹⁴⁸ Henty 2010, pp. 207-208

¹⁴⁹ Arrowsmith 2005, p. 497

¹⁵⁰ *Hossacks (A Firm of Solicitors) v The Legal Services Commission* [2011] EWHC 2700 (Admin) (27 October 2011), p. 11

võimalik, et mõni andmeväli jääb süsteemist lõpuni mitte arusaamise tõttu tühjaks). Kõik sellised eksimused on ühelt poolt mõistetavad, aga kui parima pakkumuse väljavalimine toimub elektroonilise süsteemi kaudu, peab kogu pakkuja poolt hankijani jõudev teave olema antud just pakkumuses sellises vormis nagu elektrooniline süsteem ette näeb ning hankija saab võtta aluseks üksnes teabe, mis on talle edastatud sellise süsteemi poolt võimaldatud viisil. Vabariigi Valitsuse määruse¹⁵¹ § 5 lg 1 järgi hankija avaldab hanketeates või hankedokumentides pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektrooniliseks esitamiseks vajaliku teabe ja tehnilised nõuded. Pakkuja vastutus on tagada korrektse ja täieliku pakkumuse jõudmine hankijani ning eriti e-riigihangete puhul tahab hankija hankedokumentides võimalikult detailsete reeglitega seda vastutust rõhutada.

E-riigihangete puhul on eraldi riskiks pakkumuste esitamisel IT-lahenduste toimimine. Olukorras, kus hankija küll ei põhjustanud otseselt IT-lahenduse probleeme, kuid programmis ilmnesid pakkumuse esitamise ajal teatud hälbed tavapärasest protsessist, peaks hankija kasutada oma diskretsiooniõigust ja lubada siiski pakkujal täiendavat teavet esitada. Samas kui hanketingimustes on selgelt sätestatud, et pakkuja vastutus on tagada pakkumuse õigeaegne esitamine või näiteks ka tingimus, et pakkuja vastutab kui pakkumuse esitamine jäetakse nõ viimasele hetkele, siis ilma, et oleks tuvastatud hankija poolne viga, kas hankija saab hanketingimuse kohaldamata jätta. Kuivõrd pakkumuse vormil on e-riigihangetes oluline tähendus siis võiks väita, et hankijal on selle võrra suurem voli hankedokumentidega menetlust reguleerida. Näiteks kas hankija saab hankedokumentidega sätestada, et kõik dokumendid tuleb esitada elektrooniliselt ja paberil dokumente ei aktsepteerita (nagu JB Leadbitter kohtuotsuses). Vabariigi Valitsuse määruse § 2 lg 1 kohaselt võib hankija nõuda pakkumuste esitamist ainult elektrooniliselt või kombinatsioonis muude andmekandjatega, kuid see ei keela hankijal hanketingimustes ainult elektroonilise viisi kohustuslikuks tegemist. Seega selline nõue oleks lubatav. Või kas hankija võib hankedokumentides ja e-riigihankesüsteemi kaudu näha ette sellise pakkumuse esitamise protsessi, et isegi enne pakkumuse esitamise tähtaega saab pakkuja oma pakkumuse esitada ainult ühe korra. Sellise nõude eesmärgiks võib olla küll konfidentsiaalsuse tagamine (direktiiv 2004/18/EÜ Lisa 10), kuid konfidentsiaalsuse tagamisega ei saa õigustada hankereeglite rikkumist, kui konfidentsiaalsuse tagamiseks on ka muid, pakkujaid vähem koormavaid meetmeid. Näib, et

¹⁵¹ Vabariigi Valitsus määras Pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise kord, dünaamilise hankesüsteemi loomise ja kasutamise tingimused ja kord, dünaamilise hankesüsteemi alusel hankelepingle sõlmimise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise kord ning nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise seadmetele. RT I 2010, 20, 104

Ühendkuningriigi kohtud on siiski hiljutiste otsusega kinnitanud pakkuja eriti kõrget hoolsuskohustust e-riigihankemenetluste puhul¹⁵², kus kohtute lähenemist iseloomustab väga range lähtumine hanketingimustest.¹⁵³ *JB Leadbitter & Co* kohtuotsuse puhul näiteks oli hankija väga detailselt reguleerinud pakkumuste esitamise protsessi ning kohus on hankija õigust seda teha aktsepteerinud. Sellegipoolest, kuivõrd *JB Leadbitter & Co* otsuses ei tuvastatud võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist, oli hankija otsus suuresti tehtud üksnes juriidilise riski vältimise soovist. VV määrus § 3 sätestab, et e-riigihangete keskkonnas hangete läbiviimisel lähtub hankija menetlusreeglite kohaldamisel RHS-ist ja VV määrusest niivõrd, kuivõrd RHS ei sätesta teisiti. VV määrus ei näe pakkumuste muutmisega seoses ette eri regulatsiooni ega täiendavaid kriteeriume. Samas tuleb asuda seisukohale, et hankijal on tõenäoliselt õigus omistada teatud formaalsetele nõuetele suurem tähendus kui nõtavamenetluses, mis ei tähenda siiski, et proportsionaalsuse põhimõte siin ei kehtiks.

Kokkuvõtvalt, kui hankija on hanketingimustes sätestanud teatud õiguse või nõude, siis tuleb seda tingimust kohaldada kõigi pakkujate suhtes. Hankija kaalutusõigus lubada pakkumust muuta tulenev seadusest, mistõttu eraldi vastava õiguse sätestamine ei oma olulist praktilist tähendust. Juhul kui selline õigus sätestada, tuleb hanketingimustes ette nähta täpne muutmise meetod ja raamistik. Hanketingimustes ei saa ka sätestada pakkumuste muutmise õigust laiemas ulatuses kui võimaldab seadus. Juhul kui hanketingimustes on sätestatud pakkumuse muutmise keeld, siis tuleb seda järgida, kuivõrd kõik pakkujad on keeluga arvestanud. Kohtud on kinnitanud väga rangelt hankija kohustust sellist keeldu kohaldada, eriti avaldub see e-riigihangete puhul. Muutmise keelu võib hankija jätta kohaldamata üksnes juhul, kui see oleks pakkuja suhtes selgelt ebaproportsionaalne.

¹⁵² Vt näiteks *JR Jones Solicitors, Hossacks, J B Leadbitter & Co, All About Rights*

¹⁵³ S. Brunning. Unambiguous errors in tenders. *Public Procurement Law Review* 2011, 5, pp. 201-204 p. 201

1.2.3. Pakkumuse muutmise võrdsed võimalused

Olles tuvastanud, et pakkumuse muutmine on kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, tuleb ka muutmise lubamise käigus kõiki pakkujaid kohelda võrdselt.¹⁵⁴ Kas juhul kui hankija on tuvastanud, et mõni pakkumus on ebaselge või selles tundub olevat lihtsasti seletatav viga ning hankija otsustab kasutada RHS 56 lg-s 3 sätestatud võimalust pakkumuse uuesti käsitlemiseks või kui hankija leiab, et mõne pakkumuse puhul võiks pakkuja selle majanduslikku soodsust lisateabe esitamisega kinnitada, peab hankija andma sama võimaluse kõigile pakkujatele?

Üldkohtu otsuses *Antwerpse Bouwwerken NV* andis hankija kõigile sama vea teinud pakkujatele võimaluse oma viga parandada, s.o. vaadata üle, kas kõik nende poolt esitatud ühikuhinnad ja koguhinnad on kooskõlas. Pakkujaid tuleb kohelda võrdselt pakkumuse muutmise õiguse rakendamise kontekstis.¹⁵⁵ Kui hanke tingimustes on ette nähtud pakkumuse muutmise tingimused ja üks pakkuja on sattunud vastavasse olukorda, siis tuleb talle vastavaid tingimusi kohaldada. Kõigi pakkujate suhtes, kes on sattunud võrreldavasse olukorda, s.o. nende pakkumuses on samad puudused, tuleb pakkumuse muutmise tingimusi kohaldada võrdselt. Hankija peab seega kohtlema võrdselt neid pakkujaid, kes on pakkumuses teinud sama vea või kelle pakkumuses on ebaselgeid aspekte, vastupidiselt olukorrale, kus pakkuja peaks pakkuma absoluutselt kõigile pakkujatele vea parandamise võimalust.¹⁵⁶ *Antwerpse Bouwwerken NV* otsuses hindas kohus, et hankija käitumine oli kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, kuna hankija palus pakkumust selgitada kõigil pakkujatel, kes olid teinud sama vea, s.o. ei olnud pakkumuses toonud eraldi välja teatud ühikute hindu hinnakalkulatsioonis. Pakkujalt, kellele selgitamist taotlust ei esitatud, ei olnud vastavat teavet täiendavalt vaja saada – hinnakalkulatsioonist ei puudunud ükski ühikuhind.¹⁵⁷

Sarnasel seisukohal on ka Arrowsmith. Ühelt poolt saab öelda, et vea parandamise võimaluse andmine on vastuolus võrde kohtlemise põhimõttega, andes ühele pakkujale eelise, olgu selleks pakkumuse viimistlemiseks lisa aja andmine või lihtsalt võimalus pakkumust täiustada või muul viisil muuta. Teiselt poolt, pakkumuses mingi konkreetse vea parandamine võib aidata kaasa suurema konkurentsi saavutamisele või säilitamisele ja liikmesriikide siseselt hanke säästlikkuse eesmärgi saavutamisele. Arrowsmith leiab, et vea parandamise korral ei

¹⁵⁴ Verschuur 2006, p. 328

¹⁵⁵ *Tideland Signal v Commission Ltd*, p. 38

¹⁵⁶ *Antwerpse Bouwwerken NV*, p. 79

¹⁵⁷ *Antwerpse Bouwwerken NV*, p. 80

toimu võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist, kuna, eeldusel, et hankija ka sisuliselt kasutab oma diskretsioonõigust õiglaselt, koheldakse kõiki võrreldavas positsioonis olevaid pakkujaid võrdselt, kusjuures võrreldavad on omavahel kõik need pakkujad, kes on esitanud mittevastava pakkumuse.¹⁵⁸ Samale võrreldavale positsioonile viidanud ka vaidlustuskomisjon.¹⁵⁹ Juhul kui pakkumuses ei esine puudusi, kuid hankija soovib anda pakkumuse täiendamise võimaluse pakkuja(te)le, siis võiks lugeda, et võrreldavas positsioonis on pakkujad, kelle pakkumused on hankija jaoks võrdselt atraktiivsed, konkurentsivõimelised.¹⁶⁰

Ebavõrdse kohtlemise keeldu võib kohaldada ka vastupidises olukorras – *JB Leadbitter & Co* kohtuotsuses väitis pakkuja, et teda ei koheldud võrdselt teiste pakkujatega, kel võimaldati oma pakkumust muuta.¹⁶¹ Õigus diskretsioonile pakkumus tagasi lükata allub võrdse kohtlemise põhimõttele - kui hankija jätab mõne pakkuja suhtes kohaldamata hankedokumentides sätestatud nõude, tuleb võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt sellist kohaldamata jätmise õigust rakendada samamoodi kõigi pakkujate suhtes, s.o. kui mingit nõuet ei kohaldada ühe pakkuja suhtes, siis tuleb see reeglina jätta kohaldamata kõigi pakkujate suhtes.¹⁶² Esimese pakkuja puhul oli pakkumuse tähtaegsel esitamisel takistuseks voolukatkestus, mis oli täielikult väljaspool selle pakkuja kontrolli ning mille tõttu hankija otsustas kõigi pakkujate suhtes tähtaega pikendada.¹⁶³ Teise pakkuja puhul võttis pakkuja esindaja enne pakkumuse esitamise tähtaega hankijaga ühendust kuna pakkuja ei olnud kindel, kas nad olid pakkumuse lisad õnnestunult süsteemi üles laadinud ning soovis saada kinnitust õnnestumise kohta. Hankija esindajal ei olnud sel ajal veel ligipääsuõigust pakkumustele e-riigihangetesüsteemis, mistõttu ei olnud võimalik pakkujale kinnitust anda. Hiljem selgus siiski, et pakkuja pakkumuse lisad olid õigesti süsteemi üles laaditud, mistõttu pakkuja poolt hiljem hankijale saadetud ümbrikut ei avatud.¹⁶⁴ Kuivõrd eelnevast nähtub, et pakkujad ei olnud omavahel võrreldavas olukorras, ei saanud tuvastada ka võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.

¹⁵⁸ S. Arrowsmith. S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham. Arvutivõrgus kättesaadav:

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (25.04.2012), p. 168

¹⁵⁹ VAKO 26.01.2012 otsus 5-12/128251 (AS Oma Ehitaja v Tartu Ülikool), punkt 17

¹⁶⁰ Arrowsmith 2005, p. 541

¹⁶¹ *JB Leadbitter & Co*, punkt 38

¹⁶² Arrowsmith, p. 497

¹⁶³ *JB Leadbitter & Co*, punkt 39

¹⁶⁴ *Ibid.*, punkt 40

Nagu eelnevalt märgitud, võrdse kohtlemise kohustus nõuab läbipaistvuse põhimõtte järgimist. Läbipaistvuse nõuete rikkumine muudab raskesti järgitavaks, kas hankija on pakkujaid võrdselt kohelnud. Seetõttu tuleb pakkumuste muutmise olukorras hankijal võrdse kohtlemise põhimõtte tagamiseks teha kõigile pakkujatele kättesaadavaks kogu teave, mis täiendavalt pakkumusele on hankija esitatud ning mida hankija on eduka pakkuja valikul arvesse võtnud.¹⁶⁵ Hankija otsuses pakkumuse tagasilükkamise kohta tuleb selgesõnaliselt ära näidata, kas tagasilükkamise põhjuseks on sisuline kõrvalekaldumine hanketingimustes esitatud tingimustest või mittesisuline kõrvalekalle, kusjuures viimatinimetatud juhul tuleb hankijal esitada kaalutlused, kas tunnistada pakkumus vastavaks või mitte¹⁶⁶. Seega juhul kui hankija otsustab ühel pakkujal lubada parandada puuduse pakkumuses või lubada esitada täiendavat, üksikasjalikumad teavet, siis tuleb kõik need otsuse tegemisel arvesse võetud kaalutlused pakkumuse vastavaks tunnistamise või pakkumuse edukaks tunnistamise otsuses ära märkida, k.a. põhjendada, miks konkreetne kaalutus on olulisem kui mõni teine.

Eeltoodust järeldub seega, et juhul kui on tuvastatud, et pakkumuse muutmine ei too kaasa olulise tingimuse sisulist muudatust ega riku võrdse kohtlemise põhimõtet, tuleb hankijal siiski järgida, et ka pakkumuse muutmise lubamisel koheldakse kõiki pakkujaid võrdselt. Hankijal ei ole kohustust anda pakkumuse muutmise võimalust kõigile menetluses osalevatele pakkujatele - pakkumuse muutmise õigust tuleb pakkuda kõigile pakkujatele, kes on omavahel võrreldavas situatsioonis. Võrreldavas situatsioonis olevate pakkujate määratlus sõltub konkreetsest asjaoludest. Võrreldavaks saab lugeda kõik pakkujad, kelle pakkumuses esineb sama puudus, kõik pakkujad, kelle suhtes esinevad teatud erandlikud asjaolud või kõik pakkujad, kelle pakkumuse mõne aspekti suhtes vajab hankija detailide täpsustamist. Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise tagamiseks on hankijal kohustus avaldada kõik arvesse võetavad kaalutlused ja põhjendada, miks hankija konkreetsel juhul leiab, et pakkumuse muutmine oli lubatud.

¹⁶⁵ Trepte 2007, p. 315

¹⁶⁶ THKo 30.12.2009 otsus 3-09-1280

2. Pakkumuse lubatud muutmine

2.1. Puudustega pakkumuse parandamine

2.1.1. Ebaselguste parandamine

Erinevalt olukorrast, kus pakkumuses esineb otseselt teave, mis ei ole õige, või kus pakkumuses ei ole esitatud kogu nõutud teavet, on võimalik, et pakkumuses on antud erinevat teavet mõne pakkumuse tingimuse suhtes (pakkumuse tingimuste mitmetimõistetavus) või on nõutud teave esitatud ebaselgel viisil. Ühelt poolt võib ebaselguse all mõista olukorda, kus õige teave on algselt pakkumuses esitatud, kuid hankijale ei ole selge, millise teabega peaks lõpliku valiku tegemisel arvestama. Teiselt poolt võib pakkumuse sisu olla ebaselge viisil, mis ei võimalda hankijal üldse pakkumust hinnata. Järgnevalt vaatleb autor, milliseid ebaselgusi on lubatud pärast pakkumuste esitamise tähtaega parandada.

RHS § 47 lg 2 annab hankijale kaalutusõiguse tunnistada vastavaks pakkumusi, mis ei vasta täies ulatuses hanketingimustele, s.o. kui puudus ei ole sisuline. Samas võib pakkuja soovida parandada ebaselgust ka juhul kui see võimaldab muuta pakkumuse majanduslikult soodsamaks. Nagu ülal tuvastatud, siis pakkumuse muutmine peab jääma pakkumuse selgitamise ja täiendamise piiridesse. Euroopa Kohtu kohtuasja *Walloon Buses* puhul on kohtujurist analüüsinud mõistete 'selgitama' ja 'täiendama' tähendust. Kohtujurist on võtnud arvesse mõistete leksikaalset tähendust ning märgib, et tema arvamuse kohaselt tuleb mõistet 'selgitama' sisustada kui detaile puudutava teabe vahetamist, mille tulemusena on võimalik kirjeldada mingit konkreetset objekti selgemalt või täpsemalt. Mõistet 'täiendama' on kohtujurist mõistnud kui eelnevalt mitte teada olnud detailide lisamist. Selgitamise kui täiendamise mõistete ühiseks näitajaks on asjaolu, et selgitamine ja täiendamine ei hõlma endas olemasoleva informatsiooni asendamist, vaid muudavad selle mingil viisil konkreetsemaks.¹⁶⁷ Mainitud mõiste määratluse alla läheb autori hinnangul ka pakkumuses ebaselguse parandamine.

Pakkumuses ebaselguse parandamist käsitleti Euroopa Kohtu otsuses *Tideland Signal Ltd.* Hankija muutis menetluse kestel projekti ühe partii nõudeid ning saatis pakkumused pakkujatele tagasi ilma neid avamata, et pakkujad saaksid vajadusel oma pakkumusi muuta ja täiendada vastavalt uutele nõuetele. Üks pakkujatest ei pidanud vajalikuks muuta algselt esitatud pakkumust ja esitas uuesti sama sisuga pakkumuse. Hankija nõudis

¹⁶⁷ *Walloon Buses*, kohtujurist Lenzi ettepanek, pp. 37-38

hankedokumentides, et pakkumus peab olema jõus 90 päeva alates pakkumuse esitamise tähtajast. Pakkuja, kes oma pakkumuses midagi ei muutnud, oli pakkumuse jõusoleku tähtajaks märkinud 90 päeva alates esialgsest pakkumuste esitamise tähtajast, samas kui hankija lähtus uuendatud pakkumuste esitamise tähtajast. Kõnealuses kohtuotsuses leidis kohus, et hankija oleks pidanud saama aru, et pakkuja tõenäoliselt ei soovinud kehtestada oma pakkumusele teistsugust tähtaega kui oli nõutud hanketingimustes, vaid asjaoludest lähtuvalt jäi tõenäoliselt pakkujal ekslikult muutmata pakkumuse jõusoleku aeg, kui ta pakkumuse uuesti esitas. olgugi et pakkumuses oli ekslikult jäänud uuendamata pakkumuse jõusoleku aeg, oli pakkumuses antud kinnitustes pakkuja selgelt väljendanud, et pakkumus on jõus vastavalt nõutule 90 päeva ja kinnitanud kõigi hanketingimust ülevõtmist.¹⁶⁸ Käesolevas asjas tegi kohus vahet olukorral, kus pakkumuses on tehtud viga ja kus pakkumuse sisu on mitmetimõistetav, kusjuures pakkumuse tähtaega puudutava luges hankija just mitmetimõistetavuse olukorraks ja mitte veaks. Ainult juhul kui pakkuja ei oleks kinnitanud, et pakkumus on jõus alates uuest pakkumuste esitamise tähtajast 90 päeva, oleks pakkumuse jõusoleku tähtaeg on möödunud ning tegemist oleks olnud veaga.¹⁶⁹

Tideland Signal Ltd otsuse puhul oli pakkumuse jõusoleku aeg oluline tingimus,¹⁷⁰ kuid pakkumuse muutmise lubamine ei oleks muutnud tingimust sisuliselt – pakkuja pakkumuse oli juba algselt sisuliselt vastav. Seega oli pakkuja võrreldavas positsioonis kõigi vastava pakkumuse esitanud pakkujatega. Kõnealuses otsuses oli tegemist pakkumuse tingimuste ilmse ebaselgusega.

VAKO otsuses nr 62-11/122071 (MWA Nova GmbH vs MTÜ Eesti Digikeskus) oli tegemist pakkumuse tingimuste ebaselgusega, mis ei olnud nii ilmne. Hankedokumentides oli nõutud, et garantiiperiood peab olema vähemalt 3 aastat. Vaidlusaluse pakkumuse hinnapakumuse vormil oli esitatud kinnitus selle kohta, et pakutav garantiiaeg on 2 aastat. Sama pakkumus sisaldas ka dokumenti üksikasjalike andmetega pakutava garantii kohta, millest nähtub, et pakkuja pakkus tasuta 1-aastast garantiid, kuid tasu eest on võimalik saada ka pikemat garantiid. Seega oli pakkuja pakkumuses esitanud vastuolulist teavet garantii kestvuse osas. Vaidlustuskomisjon leidis, et hinnapakumuse vormi ülesehituse ning garantiid puudutava lause sõnastuse alusel ei saanud pakkuja teha järeldust, et pakkuja võis hinnapakumuse vormil näidata üksnes pakutava garantii osalise pikkuse (s.o. tasulise osa) ning hankija pidi pakutava garantii tegeliku pikkuse leidma mingil varem kindlaksmääramata viisil.

¹⁶⁸ *Tideland Signal Ltd*, p. 41

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 36

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 28

Vaidlustuskomisjon leidis, et pakkuja antud selgitus pakkumuses väidetavalt pakutud 3-aastase garantii tuletamise kohta pakkumuse eri osadest ei ole mõistlik ega kooskõlas hanke tingimustega.

Autor hinnangul on selline vaidlustuskomisjoni otsus vaieldav. Hankija pidi olema vaadanud läbi pakkuja pakkumuse ning tuvastama, et pakkumuses on antud garantiiaja kohta vastuolulist teavet, kusjuures pakkuja on viidanud nii tasuta garantiile kui tasulisele garantiile, millede summaks on hanke tingimustes sätestatud 3 aastat. Autori hinnangul võiks just sellise vastuolu korral olla asjakohane pöörduda RHS § 56 lg 3 alusel pakkuja poole selgituse saamiseks. Seda enam, et hankija otsusest selgitust küsida, on olulisem see, millist teavet pakkuja antud vastusest hankija arvesse võtab. Kui hankija pöördub pakkuja poole mõne pakkumuse aspekti selgitamiseks ning pakkuja vastuses sisaldub rohkem teavet, kui oleks lubatud arvesse võtta selgitamise mõiste all, siis peab hankija ülemäärase teabe jätta arvesse võtmata. Ka VAKO on samas otsuses sellele viidanud.¹⁷¹ Õige teave ei olnud kõnealuses pakkumuses küll hankija jaoks ilmselge, kuid samas viitas pakkumuse sisu autori hinnangul siiski õigele teabele ning võiks asuda seisukohale, et tegelikkuses oli juba algselt õige teave pakkumuses olemas.

Ebaselgus pakkumuses võib olla ka selline, et hankijal ei ole võimalik tuvastada pakkumuse põhjal õiget teavet. Juhul kui hankija sooviks paluda pakkujal esitada täiendavat teavet, siis saab see täiendav teave olla üksnes selline, mis ei lisa pakkumusse midagi, mida seal eelnevalt ei olnud. Otsuses 62-11/122071 leidis VAKO, et kuivõrd pakkumuse enda põhjal ei saanud järeldada, et pakkumuse maksumus sisaldas ka optilist heliühendust (mis oli nõutud hanketingimustes), siis ei saanud pakkuja selle olemasolu hiljem ka selgitusega kinnitada. Pakkuja esitas nimelt hankija palve peale selgituse, et tehnilise kirjelduse kohaselt nõutav optiline heli(ühendus) on pakkumuse osaks. Vaidlustuskomisjoni hinnangul ei olnud käesolevas asjas tegemist RHS § 56 lg 3 kohaselt lubatava, pakkumuses esitatud teabe põhjendamise, selgitamise või täpsustamisega, vaid tegemist on pakkumuse sisulise muutmisega. Kõnealuses asjas puudus hankijal võimalus kontrollida, mida pakkumuse maksumus tegelikult sisaldab, muul viisil, kui pakkumuses esitatud tabelis toodud andmete alusel.¹⁷² Puuduvat teave puudutas pakkumuse olulisi tingimusi – hanke eseme tehnilisi omadusi, kusjuures muudatuse lubamine oleks toonud kaasa sisulise erinevuse algse pakkumusega võrreldes.

¹⁷¹ VAKO 19.04.2011 otsus nr 62-11/122071 (MWA Nova GmbH v. Eesti Digikeskus), punkt 9

¹⁷² Ibid., punkt 11.1.

Ühendkuningriigi kohtu otsuses *Hossacks* oli tegemist olukorraga, kus pakkuja oli pakkumuses esitanud andmeid, mis ei olnud hankijale selged. Pakkuja oli ettevõtja, kes osutas teenust ainult Northamptonshire'i piirkonnas täistööajaga kontoris. Sellest hoolimata esitas ettevõtja pakkumuse kõigi hankega seotud piirkondade suhtes (kokku 125), kusjuures iga piirkonna suhtes esitas pakkuja identsed pakkumused, mis olid kõik koostatud ühe konkreetse piirkonna järgi, kusjuures kontori tööajaks oli märgitud osaline tööaeg.¹⁷³ Tegelikult oleks pakkuja pidanud valima iga piirkonna jaoks eraldi vormi, kuna nõudeid erinesid piirkonniti. Pakkuja ei olnud vormides märkinud, kus asuvad tema kontorid, isegi mitte Northamptonshire'i kohta, kus tal oli tegelikkuses täistööajaga kontor. Hankijale oli siiski konkreetse hanke väliselt teada, et pakkujal on täisajaga kontor Northamptonshire'is, nimelt seoses eelnevalt pakkujaga sõlmitud lepingutega ja asjaoluga, et see pakkuja esitas ka oma kontori kirjelduse seoses talle omistatud kvaliteedimärgiga.¹⁷⁴ Sellegipoolest leidis kohus, et kuivõrd hanketingimustes oli selgelt väljendatud, et hankija ei võta arvesse pakkumuse väliselt kättesaadavat teavet, ei saa hankija lubada pakkujal puudust parandada.¹⁷⁵ Nagu 1. peatükis märgitud, ka pakkumuse väliselt arvesse võetav teave võib rikkuda võrdse kohtlemise põhimõtet, kuid autori hinnangul tuleb alati vaadata konkreetse juhtumi asjaolusid, näiteks hindas kohus, et eelpool mainitud puudust ühes pakkumuse vormis ei saanud vaadata eraldi teistest pakkumuse vormidest,¹⁷⁶ mistõttu jõudis kohus järeldusele, et pakkuja ei saanuks selgitusega puudust parandada. Autori hinnangul võiks pakkumuse muutmise põhimõtteliselt olla lubatav, kui pakkumusega koos esitatud materjalidest nähtub teave, millega saab ebaselguse kõrvaldada. Isegi juhul kui nimetatu ei ole lubatud avatud ja piiratud menetluses, võiks asuda seisukohale, et see on lubatud võistlevas dialoogis.

Võrreldes avatud ja piiratud menetlust ning võistlevat dialoogi, on erialakirjanduses viidatud, et direktiivi 2004/18 artiklit 29 ja pakkumuse muutmise õigust tuleb sisustada valguses, et võistlevat dialoogi kasutatakse eriliselt keerukate lepingute sõlmimisel.¹⁷⁷ Nii praktikud ja erialakirjanduse autorid näeksid pakkumuste esitamise järgset menetluse faasi võistlevas dialoogis hoopis paindlikumana, viidates isegi võimalusele, et pakkumuste selgitamisel võib olla mõju ka hankija lõplikule valikule.¹⁷⁸ European PPP Expertise Center (EPEC) viis läbi uuringu 24 Euroopa riigi praktiliste kogemuste põhjal võistleva dialoogi läbiviimisel. Kaks

¹⁷³ *Hossacks*, p. 4

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 2

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 19

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 16

¹⁷⁷ Arrowsmith 2005, p. 655 ja pp. 651-652, p. 656, p. 662.; Kennedy-Loest 2006, p. 318, Brown 2004, p. 161.

¹⁷⁸ Brown 2004, p. 175

kolmandikku vastanutest leidis, et pärast võistleva dialoogi menetluse faas pakkumuste esitamisest kuni hankelepingu sõlmimiseni ei võimalda piisavalt paindlikkust, mida oleks vaja keerukate lepingute puhul nagu seda on avaliku ja erasektori partnerluste puhul sõlmitavad lepingud. Hankedirektiivi 2004/18/EÜ regulatsioonile kitsa tähenduse andmine võib tähendada ebapiisavat paindlikkust ning tekitada olukorra, kus sõlmitava lepingu tingimused on halvasti määratletud või on lepingu tasakaal liigselt ühe poole kasuks.¹⁷⁹ Euroopa Komisjon on jällegi väljendanud, et läbirääkimiste ja pakkumuste muutmise õigus võistleva dialoogi puhul ei erine oluliselt avatud ja piiratud menetluse vastavatest reeglitest.¹⁸⁰

Autori hinnangul, kuivõrd kaalutlusotsuse tegemisel tuleb arvestada kõigi oluliste asjaoludega, siis on hankijal õigus võistleva dialoogi puhul ühe olulise asjaoluna võtta arvesse ka hankelepingu erilist keerukust. Mida keerukam on projekt, seda suurem on tõenäosus, et pakkujad võivad hanketingimusi valesti mõista ja ka pakkumuse sisu võib olla hankija jaoks ebaselge. *Hossacks* kohtuotsuse puhul, juhul kui oleks tegemist võistleva dialoogi ja eriliselt keeruka hankega, võinuks hankija autori hinnangul võimaldada suuremat paindlikkust. Ühtlasi võiks võistleva dialoogi puhul olla lubatud paluda pakkujal anda selgitusi ka olukorras, kus õige teave ei ole hankijale pakkumuse põhjal täiesti selge. Tuleb siiski märkida, et hankelepingu keerukus on suhteline mõiste¹⁸¹ ja kohus peaks hankija tehtud otsustele hinnangu andmisel võtma arvesse ka konkreetse hankija kogemuste ja teadmiste tegelikku taset suhtes lepinguga, mida soovitakse sõlmida. Näiteks peaks kohus lubama suuremat paindlikkust, kui hankija korraldab esmakordselt hankemenetluse mõne suure ja keeruka avaliku ja erasektori partnerlusprojekti. Seevastu, juhul kui sõlmitav leping on sisuliselt juba eelnevalt sõlmitud lepingule väga sarnane, s.o. põhimõtteliselt oleks justkui tegemist samasuguse lepingu sõlmimisega, võib olla õigustatud rangem lähenemine.¹⁸²

Kokkuvõttes tuleb märkida, et ebaselguse parandamine on lubatud üksnes juhul kui pakkumuses esitatud andmed on mitmetimõistetavad, aga samas on esitatud ka andmeid, mis lubavad hankijal järeldada, millisega teabega tuleb pakkumuse vastavaks tunnistamisel või pakkumuste hindamisel arvestada. Eranditult on lubatud ilmse ebaselguse parandamine, mis tähendab, et olgugi et pakkumuse sisu on mitmetimõistetav, on ebaselguse põhjus ja

¹⁷⁹ Procurement of PPP and the use of competitive dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU. European PPP Expertise Centre, 2010, pp. 5-6. Internetis kättesaadav: <http://www.eib.org/epcc/resources/epcc-ppp-procurement-and-cd.pdf> (25.04.2012)

¹⁸⁰ European Commission Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, pp. 9-10. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (25.04.2012), lk 9-10. Vershuur 2006, p. 327

¹⁸¹ Arrowsmith 2005, p. 31

¹⁸² Brown 2004, p. 171

pakkumuse õige sisu lihtsasti tuvastatavad kas pakkumuse põhjal või tulenevalt pakkumuse esitamisega seotud asjaoludest. Kuivõrd võistleva dialoogi puhul on sõlmitavad hankelepingud oluliselt erinevad avatud ja piiratud menetlusest, siis võiks võistleva dialoogi puhul asuda seisukohale, et võistlevas dialoogis on lubatud ka sellist ebaselguste parandamine, mille puhul pakkumuse õige sisu ei ole hankijale pakkumuse põhjal täiesti selge.

2.1.2. Vigade parandamine

Pakkumuses võivad esineda vead mitmel põhjusel: pakkuja võib olla valesti mõistnud hanketingimustes sätestatud nõudeid, hankija on teinud arvutusvea või puuduvad pakkumusest teatud andmed. Vigade parandamisel võib olla seega objektiivne põhjendus, kuid tuleb silmas pidada, et andes pakkujale võimaluse pakkumuses viga parandada saab pakkuja sisuliselt uue võimaluse pakkumuse esitamiseks, seega olulise eelise. Vigade parandamise erinevus ebaselguste parandamisest seisneb asjaolus, et vigade parandamine nõuab reeglina pakkumuses sisalduva teabe asendamist uue teabega või puuduolevate andmete puhul nende andmete lisamist. Vigade parandamise puhul on nähtud diskretsiooniõiguse väärkasutamise ohtu. Juhul kui pakkumuse õige sisu ei ole hankijale selge, võib pakkuja nn vigade parandamise all oma pakkumust hoopis lubamatult täiendada (rääkimata olukorrast, kus hankija on avaldanud pakkujale infot teiste pakkumuste sisu kohta), s.o. muuta hankijale soodsamaks, kusjuures sellisel juhul on pakkumust täiendanud pakkuja ja teised pakkujad ebavõrdses olukorras.¹⁸³ Järgnevalt vaatleb autor, kas ja millisel juhul on lubatud pakkumuses vigade parandamine. Veana mõistab autor käesolevas töös nii pakkumuses sisalduvat vale teavet kui ka puuduolevaid andmeid ja dokumente.

Üldjuhul kehtib selge põhimõte: pakkujale ei saa anda teist võimalust oma pakkumust parandada, st algselt pakkumusest puuduvaid dokumente ei ole võimalik esitada selgitamise ja täiendamise mõiste all. Pakkujale võib anda üksnes õiguse selgitada või täiendada detailidega, eesmärgiga muuta pakkumuses veelgi selgemaks seda, mida pakkuja juba algselt kavatses pakkumuses esitada pakkumuste esitamise tähtajaks.¹⁸⁴ Suuresti lähtub ka asjakohane kohtupraktika ideest, et pakkumuse selgitamine või täiendamine ei saa lisada pakkumusse midagi, mida see algselt ei sisaldanud või asendada pakkumuses algselt esitatud andmeid.

Kuivõrd kõigile pakkujatele on menetluses antud võrdsed võimalused, siis on pakkuja ka ise vastutav pakkumuse korrektse sisu eest.¹⁸⁵ Otsuses *JR Jones Solicitors* pidi pakkuja e-riigihangete keskkonnas esitama muu hulgas spetsiaalse pakkumuse vormi, mille põhjal pakkumusi hinnati.¹⁸⁶ Nimetatud vormis valis pakkuja ekslikult vastusevariandi, mis andis 5

¹⁸³ Arrowsmith 2010, p. 167

¹⁸⁴ Verschuur 2006, p. 328

¹⁸⁵ *JR Jones Solicitors*, p. 69

¹⁸⁶ *JR Jones Solicitors*, p. 5

punkti, kuigi tegelikkuses oli pakkuja õigustatud valima 8 punkti andva vastuse.¹⁸⁷ Kohus märgib, et on arusaadav, miks pakkuja võis ekslikult valida teise vastuse, kuivõrd mõlemad vastusevariandi sõnastus oli väga sarnane,¹⁸⁸ kuid lubades ühe pakkujal viga parandada, saab see pakkuja teiste pakkujate ees eelise.¹⁸⁹ Pakkujal oli üks võimalus esitada oma parim pakkumus ning juhul kui pakkuja seda ei teinud, ei saa hankija anda pakkujale teist võimalust.

RHS § 56 lg 3 alusel nõutav teave ei saa muuta pakkumuse sisu ega täiendada seda andmetega, mida pakkumuses esitatud ei ole,¹⁹⁰ isegi juhul kui pakkuja antud selgitusest ilmneb, et pakkumuse esitamise ajal oli nõue, mida puuduolev dokument kinnitas, täidetud. VAKO otsusest 55-11/12152 nähtuvalt oli pakkuja kohustatud esitama kinnituse hankelepingu täitmiseks vajaliku meeskonna olemasolu kohta, kuid pakkuja esitas hankijale kinnituse üksnes kinnituse, et esitab töötajaid puudutava info 3 tööpäeva jooksul. Hankija otsustas kasutada oma kaalutusõigust ja küsis pakkujalt selgitust, kas meeskond vastab hankedokumentides sätestatule - pakkuja andis vastava kinnituse.¹⁹¹ VAKO hinnangul on vastava asjaolu kinnitamata jätmise puhul pakkumuses tegemist mittevastavusega hankedokumentidele sõltumata sellest, kas hankijal on tegelik võimalus kinnituse tõlevastavust täielikult kontrollida. Pärast pakkumuse esitamise tähtaega esitatud kinnitust ei saa aga lugeda pakkumuse osaks¹⁹² ning sellise kinnituse puudumist ei saa eelduslikult lugeda mittesisuliseks puuduseks pakkumuses.¹⁹³ Kõnealusest asjast nähtub, et kinnitus puudutas pakkumuse sisulise vastavuse kontrollimist, s.o. vea parandamine oleks tähendanud olulise tingimuse sisulist muutmist.

Ka üldine kinnitus, et pakkuja võtab üle ja täidab kõiki hanketingimusi, ei saa asendada konkreetse hanketingimuste nõude täitmist või kõrvaldada puudust pakkumuses, nt kui ehitustööde ajagraafikus on ebaselgused või muud puudused.¹⁹⁴ Samamoodi ei saa selgitamisega välja selgitada, kas pakkuja tagab hankelepingu täitmiseks toote vastavuse hanketingimustele, kui pakkumuses esitatud toode hanketingimustele ei vasta. Sellist muutmist tuleb pidada sisuliseks ning avatud ja piiratud menetluse puhul keelatuks.¹⁹⁵ Lisaks olukorrale, et pakkuja on jätnud esitamata nõutud kinnituse, tuleb eristada ka olukordi, kus

¹⁸⁷ *JR Jones Solicitors*, p. 8-9

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 10

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 68

¹⁹⁰ VAKO 12.04.2011 otsus nr 55-11/12152; VAKO 20.05.2011 otsus nr 84-11/124226 (OÜ Vivocard v. Tartu Linnavalitsus), punkt 11

¹⁹¹ VAKO otsus 55-11/12152, punkt 10

¹⁹² *Ibid.*, punkt 11

¹⁹³ *Ibid.*, punkt 12

¹⁹⁴ VAKO otsus 141-09/111484, punkt 8

¹⁹⁵ Vaidlustuskomisjon 31.03.2010 otsus nr 50-10/115685 (Harju Ehitus AS jt v. Riigi Kinnisvara AS), punkt 14

pakkumus on esitatud mittetähtaegselt. Pakkumuse olulise osa esitamata jätmist on vaadeldud kui pärast tähtaega esitatud pakkumust. Näiteks olukorras, kus üks pakkumuse vorm on täielikult esitamata¹⁹⁶ - ainuüksi leksikaalsest tähendusest tulenevalt ei saaks märkimisväärse osa pakkumuse hilinenult esitamine olla täiendava iseloomuga.

Erinevalt nn lihtsa arvutusvea parandamisest, kus muutmise võimaldamine ei oma olulist mõju teistele menetluses osalevatele pakkujatele, toos kõigil eeltoodud juhtudel vea parandamine kaasa pakkujate ebavõrdse kohtlemise, sest pakkuja, kellel lubatakse viga parandada, saab olulise eelise, olgu selleks ajapikendus või uus võimalus tõendada pakkumuse vastavust.

Vigade parandamise puhul tuleb siiski vaadata ka vea olemust. Üheks konkreetseks vea parandamise võimaluseks, mille näeb ette ka seadus, on arvutusvea parandamine. RHS § 50 lg 5 kohaselt juhul kui pakkumustes esitatavad ühikuhinnad on hankelepingu alusel makstava tasu aluseks ja pakkumuses esineb pakkumuse maksumuse osas ilmne arvutusviga ning pakkumuses esitatud arvutuslik kogumaksumus ei vasta pakkumuses esitatud ühikuhindade alusel arvestatud maksumusele, parandab hankija arvutusvea, arvutades pakkumuse maksumuse pakkumuses antud ühikuhindade alusel ning teatab sellest viivitamata pakkujale kirjalikult. Pakkuja vastab hankijale kirjalikult kahe tööpäeva jooksul arvates vastava teate saamisest, kas ta on arvutusvea parandamisega nõus. Nimetatud säte viitab ilmsele arvutusveale, mille all tuleb, lähtuvalt sätte tekstist, mõista sellist arvutusviga, mille suhtes hankijal on võimalik tuvastada, millest see on tekkinud ning mille hankija saab ka ise parandada. Olgugi et seadus näeb ette just ühikuhindadel põhineva maksumuse parandamise, saab eelnimetatud tingimusi kohaldada ka muudele arvutusvigadele.

Otsuses 3-11/120937 märgib VAKO, et RHS § 50 lg 5 sätestatud arvutusvea parandamise õiguse kasutamine on piiratud üksnes juhtudel, kui hankelepingu alusel makstava tasu aluseks on ühikuhinnad. Olukorras, kus tasu aluseks on kogumaksumus, ei kohaldu RHS § 50 lg 5 ning tuleb hankijal igal konkreetsel juhul kaaluda kõiki olulisi kaalutlusi ning otsustada, kas viga on mittesisuline ning kas lubada pakkumuse muutmist. VAKO ei lugenud lubatavaks pakkumuse kogumaksumuses hankija poolset arvutusvea parandamist, kui arvutusviga oli tekkinud üksnes käibemaksu arvutamist, tõdedes, et kogumaksumuse muutmine võib anda ühele pakkujale sisulise eelise. Samas ei saa VAKO otsust kõnealuses asjas pidada siuliseks, kuivõrd VAKO viitab, et kaalutlusi, miks pidada arvutusviga mittesisuliseks, ei olnud

¹⁹⁶ *All About Rights*, p. 57; *Hoole & Co*, p. 26

esitatud.¹⁹⁷ Autori hinnangul, nimetatud kaasuse asjaolude korral, kus pakkuja oli õigesti arvutanud nii maksumuse ilma käibemaksuta kui käibemaksu summa, kuid eksinud üksnes viimaste liitmisel, võiks hankija selgitusega paluda pakkujal vea parandamist kinnitada ja muudatust arvesse võtta. Vea põhjus ja õige teave olid pakkumuse põhjal lihtsasti tuvastatav, tegemist ei oleks olulise tingimuse sisulise muutmisega ning mõju võrdsele kohtlemisele minimaalne. Ühtlasi, hankijal on alati õigus jätta pakkuja antud selgitus arvestamata, kui ta hindab, et selle arvesse võtmine ei ole RHS § 56 lg 3 lubatud piirides.¹⁹⁸ Seega juhul kui pakkuja ei oleks kinnitanud hankija poolset vea parandamist, võib hankija pakkuja vastust mitte arvesse võtta.

Seoses eelnevas alajaotuses käsitletud ebaselguste parandamise küsimusega nähtub, et *Tideland Signal Ltd* otsuses võeti ebaselguse kõrvaldamiseks aluseks pakkuja eeldatavat tahet ja pakkumuse esitamisega seotud asjaolusid, siis ebaselgust saab parandada ka juhul, kui pakkumusest näivad puuduvat teatud andmed, kuid puuduolevad andmed on võimalik tuvastada pakkumuses sisalduvate muude andmete põhjal. Kohtuotsuses *Antwerpse Bouwwerken NV*¹⁹⁹ oli hinnakalkulatsioonis puudu üks ühikuhind, mille märkimine pakkumuses oli hankedokumentatsioonis sätestatuna pakkujale kohustuslik, kuid mille sai tuletada teisest pakkumuses märgitud hinnast.²⁰⁰ Pakkuja sai jah-ei vastusega kinnitada pakkumuses tehtud parandust.

Paindlikku lähenemist olukorras, kus pakkumuses on viga ning see ei ole pakkumuse enda põhjal tuvastatav, on rakendanud Hollandi kohtud. Hollandi kohtu otsuses DNB/Compaq esitas pakkuja notari kinnituse, millest nähtus, et pakkujat ei olnud süüdi mõistetud töökohustuste täitmisel toimepandud rikkumises. Notar ei lisanud oma kinnitusse aga infot olulise ametialase kohustuse rikkumise või pettuse toimepaneku puudumise kohta. Pakkuja ei pannud seda asjaolu tähele ja hankija kõrvaldas pakkuja menetlusest, kuna pakkuja ei olnud oma pakkumuses esitanud kõiki nõutud kinnitusi. Kohus leidis siiski, et hankija oleks pidanud lubama parandada puuduse pakkumuses – hankija oleks pidanud lähtuma eeldusest, et ettevõtjatel ei esine nimetatud rikkumisi, mistõttu oleks pidanud hankija lubama ka pakkumust muuta. Hollandi kohtu otsuses *TPA/Gelderland* ei esitanud pakkuja nõutud allhankelepingut. Sellegipoolest oli pakkumusele lisatud nimetatud allhankelepingu lisa, milles oli toodud enamus hinda puudutavast teabest. Ainus oluline teave, mis allhankelepingu

¹⁹⁷ VAKO otsus 3-11/120937, punktid 10-13

¹⁹⁸ VAKO otsus 62-11/122071, punkt 9

¹⁹⁹ *Antwerpse Bouwwerken NV*, p. 60

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 61

lisamata jätmisega hankijale kättesaadav ei olnud, oli haldusteenuse tasude allahindluse määr. Vastavas valdkonnas oli tavapärane, et haldusteenuste puhul allahindlusi ei tehtud. Seega oli hankijal õigus lubada pakkujal kinnitada, et tal ei olnud kavas pakkuda allahindlust.²⁰¹ Seega kohus aktsepteeris, et hankija võttis arvesse pakkumuse välist teavet - üldist praktikat vastava valdkonna lepingutes. Vaadates VAKO praktikat, on kaheldav, kas VAKO oleks teinud samasuguse otsuse, sest viga ei olnud ilmne.

Üheks järelduseks, mis TPA/Gelderland otsuse põhjal siiski teha võib, on põhimõte, et pakkumuse võib lugeda vastavaks juhul, kui formaalselt on mingi dokument puudu, kuid võttes arvesse, et selle dokumendi küsimise ei ole eesmärk iseenesest, vaid oluline on selle sisu. VAKO tsuses *Oma Ehitaja v TÕ* oli pakkuja on ekslikult jätnud esitamata mõne hanketingimustes nõutud dokumendi või kinnituse mõne asjaolu kohta, mida on hanke tingimustega nõutud. Pakkuja oli jätnud ekslikult esitamata ühe hankedokumentides nõutud kohustusliku vormi, kus tuli eraldi märkida pakkumuse kogumaksumus ja anda kinnitused, et pakkujal on vajalik teave pakkumuse koostamiseks ning pakkumuse koostamisel on arvesse võetud kõiki hanke tingimustes toodud nõudeid ja teostatavaid töid. Samas esitas pakkuja „Pakkumuse maksumuse tabeli“, milles sisalduvate andmete põhjal oli hankijal võimalik tuvastada puuduolev teave – pakkumuse kogumaksumus - ning viidatud puuduolevad kinnitused oli pakkuja esitanud, küll veidi erineval kujul, ka juba hankemenetluses osalemise avalduses. Hankija kasutas RHS § 56 lõikes 3 sätestatud võimalust pakkumuse selgitamiseks ning saadi ammendav vastus, et maksumuse esitamise vormil sisalduv info on esitatud avaldusel ja maksumuse esitamise tabelis. Hankija leidis, et mainitud puudused ei ole sisuliseks kõrvalekaldeks, mis tingiksid pakkumuse tagasilükkamise. Vaidlustuskomisjon märgib otsuses, et RHS § 47 lg 2 teisest lausest nähtub, et seadusandja on näinud hankijale ette kaalutlusõiguse pakkumuste vastavaks tunnistamisel, kui pakkumuses esinev viga²⁰² on vormiline ja mitteoluline.²⁰³ Hankedokumentidest ja pakkuja pakkumusest nähtus, et vormi esitamata jätmine oli käsitletav formaalse puudusena pakkumuses, mis sisuliselt pakkumust ei muutnud.²⁰⁴

Kõigil viidatud juhtudel oli pakkuja esitanud sisuliselt vastava pakkumuse ning hilisema selgitusega üksnes kinnitas oma algset tahet, mis tähendab, et konkreetset pakkujat võib ka

²⁰¹ Verschuur 2006, p. 329

²⁰² Märkus: Autori hinnangul on *Oma Ehitaja v Tartu Ülikool* otsuses tegemist siiski ebaselguse juhuga.

²⁰³ VAKO otsus 5-12/128251, punkt 11

²⁰⁴ *Ibid.*, punkt 16

käsitleda kui võrreldavat nende pakkujatega, kes esitasid korrektse pakkumuse. Sellistel asjaoludel ei ole tuvastatav vastuolu võrdse kohtlemise põhimõttega.

Lisaks on võimalik erinevat kohtlemist õigustada asjaoluga, et pakkumuse muutmise vajadus või ka pakkumuse hilineenult esitamine on tingitud erandlikest asjaoludest,²⁰⁵ eelkõige kui see on seotud hankija veaga - pakkuja, kelle suhtes esinevad erandlikud asjaolud, ei ole teiste pakkujatega võrreldavas situatsioonis.²⁰⁶

Nii nagu 1. ptk tuvastatud, kui muudatus küll puudutab pakkumuse olulist tingimust, kuid ei too kaasa sisulist erinevust, siis ei ole muudatus välistatud. Põhjus, miks lubada vea parandamist, kui on selge, et vea põhjus on objektiivne ja hankija saab ise tuvastada õiged andmed, seisneb asjaolus, et selline muutmine ei oma olulist mõju võrdsele kohtlemisele, nii nagu ka pakkumuse formaalsete nõuete täitmata jätmine.²⁰⁷ Vea põhjuse objektiivsus viitab autori hinnangul sellele, et pakkumuse põhjal on hankijal võimalik tuvastada vea põhjus. Arrowsmith märgib, et juhul kui pakkuja on teinud vea ning ei ole tuvastatud, et pakkuja võiks tehtud viga ebaausalt ära kasutada, peaks vigade parandamine olema lubatud, kuivõrd pakkuja, kes on teinud vea, ei ole võrreldavas positsioonis pakkujaga, kelle pakkumuses viga ei esine.²⁰⁸ Sellisele seisukohale on vastukaaluks põhimõte, et kõigile pakkujatele on antud võrdsed võimalused pakkumuse esitamiseks ja pakkuja vastutab ka enda hooletuse tagajärgede eest. Seega eeldus, et pakkujad ei ole võrreldavas positsioonis, saab kehtida üksnes juhul kui on tuvastatud, et vea parandamise võimaluse kuritarvitamine on võimatu.

Nii nagu ebaselguse parandamise puhul võistlevas dialoogis, võiks ka vigade parandamise lubatavuse hindamisel võtta arvesse võistlevas dialoogis sõlmitavate hankelepingu erilist keerukust,²⁰⁹ s.o. vea parandamine võiks olla lubatav ka olukorras, kus hankijal ei ole ise võimalik pakkumuse põhjal viga parandada. Samas leiab autor, et hankijal peaks olema sellisel juhul võimalik siiski tuvastada objektiivne põhjendus, miks viga on tekkinud, s.o. pakkumusest puuduvate dokumentide esitamine pärast pakkumuste esitamise tähtaega, juhul kui nende esitamine on vajalik sisulise vastavuse hindamiseks või pakkumuse hindamiseks, ei saa olla lubatav ka võistlevas dialoogis. Samas, *JR Jones Solicitors* kaasuse puhul võis hankija eeldada, millest on tekkinud viga pakkumuses – pakkumuse esitamisel e-

²⁰⁵ *All About Rights*, p. 64

²⁰⁶ Arrowsmith 2005, p. 497-498

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 497

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 543

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 655 ja pp. 651-652, p. 656, p. 662.; Kennedy-Loest 2006, p. 318; Brown 2004, p. 161; OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the New Procurement Regulations, p. 6

riigihangetesüsteemis olid rippmenüüs antud vastusevariandid üksteisega väga sarnased, mistõttu kohus tunnistas, et on arusaadav, miks pakkuja võis eksida.

Eelnevast järeldub, et vigade parandamise õigusega saab pakkuja reeglina olulise eelise teiste pakkujate ees, kuivõrd pakkuja saab sisuliselt teise võimaluse pakkumuse esitamiseks. Pakkumuse selgitamisega ei saa pärast pakkumuste esitamise tähtaega lugeda pakkumuse osaks andmeid, mida pakkumus algselt ei sisaldanud, seetõttu ei ole lubatav ka puuduolevate dokumentide hilisem esitamine või algselt esitatud teabe asendamine uue teabega. Lubatud on sellegipoolest ilmsete vigade parandamine, s.o. hankija peaks suutma tuvastada vea põhjuse ja suutma vea ka ise pakkumuses sisalduvate muude andmete alusel parandada. Vähemalt avatud ja piiratud menetluses tuleb asuda seisukohale, et lubatud saabki olla üksnes ilmse vea parandamine. Võistleva dialoogi puhul võiks olla õigustatud ka selliste vigade parandamine, mida hankija ei saa ise pakkumuse põhjal parandada, kuid sellisel juhul peab hankijal olema siiski võimalik tuvastada teatud objektiivne põhjendus vea tekkimisele, et oleks välistatud kuritarvituste oht.

2.1.3. Kohustus lubada ilmse vea ja ebaselguse parandamist

Nii nagu eelnevalt tuvastatud RHS § 56 lg 3 teisest lausest nähtub, et seadusandja on näinud hankijale ette õiguse aktsepteerida pakkuja poolt antavat täiendavat teavet, kas pakkumuse vastavuse üle otsustamisel või lõpliku valiku tegemisel. Haldusmenetluse seaduse § 4 lg 2 sätestab, et kaalutusõiguse teostamisel tuleb arvestada ka üldpõhimõtetega, arvestades olulisi asjaolusid ning kaaludes põhjendatud huve. Olgugi et pakkumuse muutmise lubatavuse keskmeks on võrdse kohtlemise põhimõte, tuleb hankijal jälgida, et tema otsused oleksid kooskõlas ka proportsionaalsuse põhimõttega. Võrdse kohtlemise põhimõttega oleks vastuolus see, kui hankijal oleks täiesti piiramatu diskretsioon otsustamaks, kas küsida pakkujalt selgitust või mitte, mis ei sõltuks mingisugustest objektiivsetest teguritest ja mis oleks täiesti sõltumatu kohtulikust kontrollist.²¹⁰ Hankemenetluses peaks olema tagatud ka pakkujate õiguste piisav kaitse. Proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt tekib õigustatud küsimus, kas ilmsete vigade ja ebaselguste puhul on hankijal lisaks õigusele ka kohustus lubada pakkumuse muutmist.

Hankija diskretsiooni piirid pakkumuse muutmise lubatavuse hindamisel nii RHS § 47 lg 2 teisest lausest (seoses pakkumuse vastavuse kontrolliga) kui RHS § 56 lg 3. Kaalutusotsuse tegemisel tuleb arvesse võtta ka diskretsiooninormi eesmärgi ning kaaluda kõiki olulisi poolt- ja vastuargumente.²¹¹ Lisaks eeltoodule ning hanke üldpõhimõtetele tuleb hankijal järgida ka haldusõiguse üldpõhimõtteid, pakkumuse muutmise lubatavuse suhtes on eriti oluline just proportsionaalsuse põhimõte, millele on viidatud ka 1. peatükis seoses hanketingimuste võrdse kohaldamisega. Proportsionaalsuse põhimõte on üks EL õiguses kehtivatest üldpõhimõtetest²¹² ning kehtib ka riigihangete puhul.²¹³ Olgugi, et nimetatud põhimõtet ei ole otseselt nimetatud hankedirektiivi artiklis 2 koos võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega, märgitakse proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustust direktiivi 2. põhjenduses. Hankija otsus mitte lubada pakkumust muuta ei tohi omada ebaproportsionaalset mõju.

²¹⁰ *Tideland Signal Ltd*, punkt 38

²¹¹ A. Aedmaa jt 2004, lk. 382

²¹² EKo 05.05.1998, C-157/96, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd and Vian Exports Ltd*, p. 60.

²¹³ *J B Leadbitter & Co*, pp. 51-55

Euroopa Ühenduse kontekstis proportsionaalsuse põhimõtet rakendades on kohtud reeglina viidanud üksnes meetme sobivuse ja vajalikkuse kontrollile.²¹⁴ Proportsionaalsuse kontrolli põhiidee EL kontekstis on, et liikmesriik ei saa saavutada oma eesmärki mõne muu ühenduse kaubandust vähem piirava meetmega. Kui on valik mitme meetme vahel, tuleb valida meede, mis on vähem koormav ning tekkinud ebasoodsa olukorra mõju ei tohi olla ebaproportsionaalne taotletava eesmärgi suhtes.²¹⁵

Proportsionaalsuse põhimõtte rakendamisel Eesti õiguskorras kohaldatakse nn kolmeetapilist kontrolliskeemi²¹⁶: eesmärgi saavutamiseks kasutatav meede peab olema, esiteks, sobiv taotletava eesmärgi suhtes, st peab olema mõistlik ja asjakohane side meetme ja eesmärgi vahel. Teiseks, vajalik eesmärgi saavutamiseks. Meede on vajalik ainult juhul, kui eesmärki ei saa saavutada muu vähem koormavaga vahendiga. Kolmandaks nõuab proportsionaalsuse põhimõtte, et meede ei tohi olla äärmuslik (s.o. peab olema mõõdukas) ja peab olema proportsioonis taotletava eesmärgiga (meetme proportsionaalsus kitsas tähenduses). Sellegipoolest, on proportsionaalsuse kontrolli eesmärk siiski mõlema skeemi puhul sama ning pigem võiks öelda, et Euroopa Kohus ei erista alati rangelt vajalikkust ja proportsionaalsust kitsamas mõttest²¹⁷ ning see ei puudu tegelikult ka Euroopa Kohtu praktikast.²¹⁸

Proportsionaalsuse põhimõtte puhul tuleb alati määratleda legitiimne eesmärk. Hankemenetluses peab olema tagatud läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine, kusjuures hankija peab pakkumuse põhjal suutma aru saada, mida pakutakse ja kas see on kooskõlas hanketingimustega.²¹⁹ Hankija eesmärgiks on seega tuvastada pakkumuse vastavus ja majanduslik soodsus üksnes pakkumuse põhjal, s.o. sisuliselt tagada pakkujate võrdne kohtlemine ja efektiivne konkurents. Juhul kui nimetatud eesmärki on hankijal võimalik saavutada mitmel eri viisil, tuleb valida proportsionaalseim. Mitme sama mõjuga meetme võimalus ilmneb muu hulgas seal, kus pakkuja on teinud pakkumuses vea, mis on ilmselge või pakkumuse sisus on mitmetimõistetavused, mille põhjus on samuti ilmselge, sest selliste puuduste puhul mõju võrdse kohtlemise põhimõttele puudub või on minimaalne. Sisuliselt

²¹⁴ EKo 10.12.2002, C-491/01, *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*. C. Tullis. Correction of errors in tenders: the case JR Jones v Legal Services Commission. Public Procurement Law Review, 2011, 4, pp. 134-139, p. 137

²¹⁵ *National Farmers' Union and Others*, p. 60.

²¹⁶ M. Triipan. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses, Juridica, 2001, nr 5, lk 305-313, lk 307-310

²¹⁷ M. Triipan 2006, lk. 154

²¹⁸ *Ibid.*, lk 155

²¹⁹ *Tideland Signal Ltd*, p. 34

peab hankija tegema otsuse kas ja millal üldine pakkujate õiglase kohtlemise kohustus peab alluma võrdse kohtlemise põhimõttele.²²⁰

VAKO on märkinud²²¹, et RHS § 56 lg 3 ei pane hankijale pakkumuse selgitamise, piiritlemise ja täpsustamise kohustust. Selgituste küsimata jätmist ei saa käsitada RHS-i rikkumisena. Samas on pakkumuste muutmise lubatavuse suhtes olulised otsused *Tideland Signal Ltd*, aga ka otsus *Antwerpse Bouwwerken NV*, kuna nimetatud vaidlustes on Euroopa Kohus asunud seisukohale, et teatud juhtudel on hankijal tulenevalt proportsionaalsuse ja hea halduse põhimõttest kohustus selgitada välja kõik pakkumust puudutavad asjaolud, et saavutada proportsionaalne tulemus ning sellest tulenevalt võib hankijal olla kohustus lubada pakkumust muuta.²²² Diskretsiooniõiguse kasutamise kohustus on üks diskretsiooni õiguspärase teostamise osi - sõltuvalt konkreetsetel juhtumil kehtivast regulatsioonist on haldusorgan alati kohustatud, kas omal initsiatiivil või puudutatud isiku taotlusel, kaaluma talle antud õiguste kasutamist.²²³ Näiteks kui isik esitab taotluses põhjendused, miks talle kõigest hoolimata võiks kaaluda toimetulekutoetuse määramist, siis oleks diskretsiooniõiguse lubamatu kasutamata jätmine see, kui omavalitsus lihtsalt viitab toetuse määramata jätmise võimalusele ega võta üldse arutada taotleja poolt toodud põhjendusi.²²⁴

Pakkumuse muutmise lubamise kohustuse sisu selgitab kohtuotsus *Tideland Signal Ltd*. Kohus leidis, et hea halduse ja proportsionaalsuse põhimõtte vastane oleks hankija poolt mitte lubada pakkujal täpsustada pakkumuse jõusoleku aega olukorras, kus pakkumuses on vastav teave mitmetimõistetav, kuid pakkumuses sisalduva muu teabe ja pakkumuse esitamisega seotud asjaolude põhjal võis hankija lihtsasti tuvastada, milline oli pakkuja poolt antud õige pakkumuste jõusoleku tähtaeg, s.o. siin ei oleks hankija tohtinud pakkumust mittevastavaks lugeda, kasutamata oma õigust pakkumust selgitada.²²⁵ Hankija oli seisukohal, et hankijale ei saa panna kohustuseks selgituste küsimist (nii nagu märkis ka VAKO ülalviidatud otsuses nr 86-08-100685). Kohus asus aga seisukohale, et õigus selgituste küsimiseks eksisteerib, eelkõige kooskõlas EL tasandil tunnustatud hea halduse põhimõttega, koos kohustusega kasutada sellist õigust, kui pakkumuse selgitamine on nii praktiliselt võimalik kui ka vajalik. Olgugi et hankijal ei ole iseenesest kohustust paluda pakkumust selgitada alati kui pakkumus on koostatud ebaselgelt, on hankijal kohustus rakendada teatud hoolsust pakkumuse sisu üle

²²⁰ *Hoole & Co*, p. 32

²²¹ VAKO 13.08.2008 otsuses nr 86-08-100685

²²² *Tideland Signal Ltd*, p. 43; *Antwerpse Bouwwerken NV*, p. 57

²²³ RKHKo 3-3-1-14-01, RKHKo 3-3-1-62-02

²²⁴ A. Aedmaa jt 2004, lk. 281

²²⁵ *Tideland Signal Ltd*, pp. 41-43

otsustades. Otsus pakkumus tagasi lükata *Tideland Signal Ltd* asjaoludel oli selge ebaproportsionaalsus hankija poolt.²²⁶

Ebaproportsionaalse otsuse keelu põhimõtet on Üldkohus hiljem korranud ka lahendis *Antwerpse Bouwwerken NV*, kus pakkuja ei olnud märkinud kõiki ühikuhindu, kuid puuduolevad hinnad olid pakkumuse põhjal tuvastatavad. Kohus leidis, et pakkumuse muutmise keelamine sellistel asjaoludel põhjustaks majanduslikult soodsate pakkumuste tagasilükkamise vigade tõttu, mis on ilmsed ja ebaolulised.²²⁷ Hankija poolt hankedokumentides sätestatud tingimuse seadmise eesmärgiks oli selgitada, millest pakkumuse koguhind koosneb, mistõttu nõuti ka iga eraldi toimingi hinna märkimist pakkumuses.²²⁸ Üksnes juhul kui mõni pakkumus on ebaselge ja hankijal ei ole võimalik tuvastada kiirelt ja tõhusalt, millist teavet pakkuja soovis edastada või mida on pakkuja konkreetse aspektiga mõelnud, ei ole hankijal muud võimalust kui pakkumus tagasi lükata.²²⁹

Ka VAKO on märkinud, et RHS § 47 lõikest 2 tuleneva hankija õigusega tunnistada pakkumus vastavaks, kui selles ei esine sisulisi kõrvalekaldumisi kehtestatud tingimustest, kaasneb kohustus kontrollida, kas pakkumuse vastavaks tunnistamine on võimalik, kui selles esinev viga on vormiline ja mitteoluline.²³⁰ VAKO leidis, et hankedokumentidest ja pakkuja pakkumusest nähtus, et vormi esitamata jätmine on käsitletav formaalse puudusena pakkumuses, mis sisuliselt pakkumust ei muutnud.²³¹ Nii hankedokumentide kui kinnituse vormi sõnastusest nähtus, et hankija oli käsitlenud puuduolevat pakkumuse vormi nõ lõpliku dokumendina, pakkumuse formaalse kokkuvõtteks, millel pakkujal tuli esitada ka pakkumuse maksumus.²³²

Eelnevast nähtub, et kohtud ja VAKO ega ka Euroopa Kohus ei ole asunud otseselt seisukohale, et hankijal on igal juhul kohustus lubada pakkumust selgitada, kuid eksisteerib kohustus teostada kaalutlusõigust piisavalt hoolsalt. Ka Eesti haldusõiguse järgi on viimane otsustusõigus ikkagi haldusorganil.²³³ Samas peabki hankija hoolsus ja kõigi oluliste asjaolude ning põhimõtetega arvestamine tagama kaalutlusotsuse sisulise õiguspärasuse, mis allub ka kohtulikule kontrollile – kohus kontrollib kaalutlusõiguse piire ja kaalutlusvigade

²²⁶ *Ibid.*, p.37

²²⁷ *Antwerpse Bouwwerken NV*, p. 65.

²²⁸ *Ibid.*, p. 61

²²⁹ *Ibid.*, p. 57

²³⁰ VAKO otsus 5-12/128251, punkt 12

²³¹ *Ibid.*, punkt 16

²³² *Ibid.*, punkt 16

²³³ K. Pikamäe. Kaalutlusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2003, lk. 59

puudumist²³⁴ - mis tähendab, et juhul kui pakkumuses esinev viga või ebaselgus on ilmne, ei saa hankija teha teistsugust õiguspärast otsust peale pakkumuse muutmise võimaldamise.

Eeltoodud juhtumite puhul ei toonud ükski muudatus kaasa sisulist erinevust pakkumuste olulistest tingimustes. Kohtuasjas *JB Leadbitter & Co* analüüsis kohus pakkumuse olulise tingimusega seotud muudatuse lubatavust, täpsemini kas hankija keeldumine lubada pakkujal esitada osa oma pakkumusest pärast pakkumuse esitamise tähtaega, oli õiguspärane. Seoses elektrikatkestusega ja ajutise võimatusega esitada pakkumust e-riigihankesüsteemis pikendas hankija pakkumuse esitamise tähtaega kõigi pakkujate suhtes 3 tunni võrra. Üks pakkujatest kasutas pikendust pakkumuse üle kontrollimiseks ning esitas pakkumuse, kuid vahetult enne lõplikku tähtaega avastas, et üks oluline osa pakkumusest ei olnud manustatud. Pakkuja tõi välja hulga erinevaid asjaolusid, miks oleks hankija pidanud pakkumuse hilinemisega esitatud osa arvesse võtma, mh olid asjaolud järgmised:²³⁵ pakkumuse üks osa oli esitatud tähtaegselt; tuvastati, et tähtaegselt esitamata osa oli viimati muudetud enne pakkumuse esitamise tähtaega; pakuja püüdis enne tähtaega oma pakkumuse puuduvaid osi uuesti süsteemi üles laadida; pakuja võttis enne pakkumuse esitamise tähtaega hankijaga ühendust ja teavitas pakkumuse esitamise probleemidest e-riigihankesüsteemis; pakkumuse tagasilükkamise tagajärjed pakuja jaoks on tõsised. Eriti oluline oli, et kohtunik ise tunnistas, et konkreetsel juhul pakkumuse muutmise lubamine ei oleks avaldanud mõju pakkujate võrdsele kohtlemisele. Teiselt poolt oli hankija varustanud pakkumuse esitamise keskkonna väga põhjalike ja üksikasjalike juhistega pakkumuse esitamiseks, lisatud olid spetsiaalsed meeldetuletused kõigi manuste lisamiseks ja programm teavitas pakkujat, et pakkumuse saab esitada ainult ühe korra. Konfidentsiaalsuse kaitseks oli hankedokumentides sätestatud, et hankija ei aktsepteeri hankija dokumentide esitamist e-posti või faksi teel. Kohtunik leidis, et võttes viimaseid asjaolusid arvesse, ei saa hankija otsust hinnata selgelt ebaproportsionaalseks.²³⁶

Selle kohtuotsuse puhul tuleb märkida, et kuigi kohus ei tuvastanud käesolevas asjas hankijal kohustust lubada pakkumuse osa uuesti esitada, siis oleks hankijal töö autori hinnangul igal juhul olnud õigus pakkumuse osa uuesti esitamist aktsepteerida. Autori hinnangul võiks pakkumuse muutmise lubatavuse hindamisel rohkem arvestada ka normi eesmärgiga, eriti seal kus võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist ei tuvastata nagu kõnealuses *JB Leadbitter & Co*

²³⁴ *Ibid.*, lk. 60

²³⁵ *JB Leadbitter & Co*, p. 63

²³⁶ *Ibid.*, p. 68

kohtuasjas, kus pakkumust sisuliselt ei muudetud enam pärast pakkumuse esitamise tähtaega, s.o. pakkuja ei saanud hilinemisega eelist oma pakkumuse parendamisel.

Olgugi et on tuvastatud, et hankijal on kohustus lubada ilmselge vea ja ebaselguse parandamist või vähemalt kohustus piisava hoolsusega rakendada kaalutlusõigust, on pakkujal, kelle hinnangul tema õigus on rikutud, väga keeruline tugineda vaidlustuses mainitud kohustusele. Proportsionaalsuse kontrolli puhul sekkub kohus hankija otsusesse üksnes juhul kui ilmneb otsuse selge ebaproportsionaalsus.²³⁷ Hankija diskretsioon on õiguspärane, eeldusel, et diskretsiooni kasutamise tulemusena ei tehta ilmselgeid kaalutlusvigu (ingl. k. 'manifestly wrong'),²³⁸ kusjuures ilmselgus ei ole siin midagi äärmuslikku, vaid ilmselge viga on olukord, kus on selge, et hankija on teinud vea.²³⁹ Hankijal on märkimisväärne otsustusõigus nende asjaolude üle, mida võtta arvesse hankelepingu sõlmimise otsustamisel. Kohus kontrollib, kas hankija on kinni pidanud kaalutlusõiguse piiridest (laiemas tähenduses).²⁴⁰ Eeltoodu viitab, et hankija otsuse ebaproportsionaalsuse lävi on väga kõrge, mis tähendab, et isegi kui hankijal oleks olnud õigus pakkumuse muutmist lubada ning kui hankija otsustab seda siiski mitte teha, on pakkuja õiguskaitse võimalused piiratud.

Kokkuvõtvalt, hankijal on kohustus jälgida, et hankemenetluses tehtud otsused ei omaks ebaproportsionaalset mõju. Selleks, et tagada läbipaistev menetlus, võrdne kohtlemine ja moonutusteta konkurents peaks hankija valima kõige vähem koormava mõjuga meetme. Ilmse vea või ebaselguse puhul saab hankija reeglina tagada eelnimetatud eesmärgi ka juhul kui lubab ilmse vea või ebaselguse parandada. Kuivõrd ilmselgete vigade või ebaselguste parandamise mõju võrdsele kohtlemisele reeglina puudub või on minimaalne, saab hankija tagada võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise ka pakkumuse muutmist lubades. Kohustust lubada pakkumuse muutmist on tõenäoliselt korrektsem väljendada siiski kui kohustust kaalutlusõiguse kasutamiseks ja piisava hoolsuse täitmiseks kõigi asjaolude väljaselgitamisel ja nende arvesse võtmisel s.o. hankijale ei tulene seadusest otsest kohustust pakkumuse muutmise lubamiseks. Juhul kui pakkumuses esinev viga või ebaselgus on ilmne, tuleb asuda seisukohale, et hankija ei saa eelduslikult teha muud õiguspärast otsust peale pakkumuse muutmise võimaldamise. Proportsionaalsuse põhimõtte rikkumisele tuginedes hankija otsuse

²³⁷ M. Triipan 2001, lk. 311

²³⁸ *Tideland Signal Ltd*, p. 33, *Lion Apparel Systems Ltd v Firebuy Ltd* [2007] EWHC 2179 (Ch) (27 September 2007), p. 35; Tullis 2011, p. 135

²³⁹ *Lion Apparel Systems Ltd*, p. 38;

²⁴⁰ Pikamäe 2003, lk. 64

hilisema vaidlustamise puhul tuleb siiski silmas pidada, et kohus sekkub hankija tegevusse üksnes juhul, kui hankija tegevus oli selgelt ebaproportsionaalne.

2.2. Pakkumuse täiendamine

2.2.1. Pakkumuse parendamine

Eelnevas alajaotuses tuvastati, et pakkumuse täiendamine andmete või dokumentidega, mis olid kohustuslikuna nõutud hanketingimustes, on reeglina keelatud, v.a. kui sellised andmed on kättesaadavad ka muu pakkumuses sisalduva teabe põhjal või oli puuduva dokumendi esitamine üksnes formaalne nõue. Hankija võib aga soovida saada pakkuvalt täiendavat teavet ka vastava pakkumuse puhul, et otsustada pakkumuse majandusliku soodsuse üle ja teha lõplik valik. Seda põhjusel, et pakkuja on näiteks midagi pakkumusest välja jätnud või ei olnud seda algselt pakkuvalt üldse nõutud või pakkuja ei ole lihtsalt andnud teavet piisavalt detailselt.²⁴¹ Veel enam, suurte ja keerukate hangete puhul võib hankija olla olukorras, kus esitatud pakkumused ei vasta hankija ootustele pakkumuse majandusliku soodsuse suhtes, mistõttu tekib küsimus, kas hankija võib paluda mõnel või kõigil pakkujatel oma pakkumust soodsamaks muuta. Eeltoodut võiks ühiselt nimetada ka pakkumuse parendamiseks.

Eelmistest alajaotusest nähtub, et kohtujurist Lenz on *Walloon Buses* kohtuotsusega seoses mõistet 'täiendada' mõistnud kui eelnevalt mitte teada olnud detailide lisamist.²⁴² Täiendava teabe andmisega oli tegemist *Walloon Buses* kohtuasjas, kus pakkuja andis pärast pakkumuse esitamise tähtaega täiendavat infot hangitavate busside.²⁴³ Kütusekulu kohta esitas pakkuja uued näitajad, mis pidid asendama esialgses pakkumuses toodud näitajaid, mistõttu ei olnud tegemist pakkumuse lubatud muutmisega. Algselt pakkumuses esitatud kütusekulu näitajate puhul oli pakkuja samas märkinud, et need näitajad võivad teatud ulatuses muutuda seoses pakkuja poolt jätkuvate testide tulemusena - algselt esitas pakkuja kütusekuluks 54 l/100km, märkides, et see tulemus võib muutuda 8% ulatuses. Hiljem muutis pakkuja kütusekulu näitajaid aga 17,5% ulatuses. Kuna uuta andmete arvesse võtmine andis pakkujale olulise eelise, oli see vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega ja kahjustas menetluse läbipaistvust²⁴⁴ - pakkumuse parendamine ei olnud lubatav.

Kas juhul kui hilisem muudatus oleks aga jäänud pakkuja poolt viidatud 8% piiridesse, võiks asuda seisukohale, et pakkuja ei ole hilisema teabega oma algset pakkumust muutnud, sest ta on ise esialgses pakkumuses jätnud võimaluse esitada uut ja suurema täpsusastmega infot. Olgugi, et kohus seda küsimust ei analüüsinud, ei oleks hankija autori hinnangul võinud

²⁴¹ Arrowsmith 2005, p. 657

²⁴² *Walloon Buses*, kohtujurist Lenzi ettepanek, pp. 37-38

²⁴³ *Walloon Buses*, p. 17, p. 21

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 56

täiendavaid andmeid arvesse võtta ka juhul kui need oleks mahtunud 8% sisse – sellistel asjaoludel tekib vastuolu võrdse kohtlemise põhimõttega, sest sisuliselt saab üks pakkuja ajapikenduse täiendavate katsete tegemiseks ja oma lõpliku pakkumuse esitamiseks.

Samas kohtuasjas oli pakkuja pärast pakkumuse esitamise tähtaega esitanud hankijale ka täiendavaid andmeid materjalide tehnilise kvaliteedi kohta,²⁴⁵ mille tulemusena pakkus konkreetse pakkuja pakkumus kokkuhoidu hilisematelt kuludelt. Hankija võttis sellist täiendavat teavet arvesse, olgugi et selliste asjaolude arvesse võtmine ei olnud märgitud hankedokumentides.²⁴⁶ Viimasel juhul võiks küll olla tegemist pakkumuse täiendamisega RHS § 56 lg 3 mõttes – pakkumuses sisalduvat teavet ei asendatud, vaid anti täiendavat detailsemat teavet, ometi ei lugenud kohus käesoleval juhul täiendust lubatavaks, kuna hankija võttis arvesse kriteeriume, mida ei olnud eelnevalt avaldanud - majanduslikult soodsaima valiku tegemisel arvesse võetavate kriteeriumide teatavaks tegemine kõigile pakkujatele teenib võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse eesmärki, sest pakkujad peavad olema teadlikud, millistest kriteeriumidest hankija otsuse tegemisel lähtub.²⁴⁷ Seega isegi kui mõisteliselt oleks täidetud eeldus, et pakkumust täiendatakse üksnes eelnevalt mitte teada olnud detailidega, ei olnud selline täiendamine kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega.

Eelnevast järeldub, et avatud ja piiratud menetluses on parendamine õiguse andmine mõnele pakkujale vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega, sest pakkumuse parendamisega saab pakkuja mitu võimalust või ajapikenduse oma parima pakkumuse esitamiseks. Kas olukord oleks erinev, kui hankija annaks pakkumuse parendamise võimaluse kõigile menetluses osalevatele pakkujatele? Pakkumuse parendamine tuleb keelatuks lubada ka juhul kui sama võimalus antakse kõigile pakkujatele või kõigile pakkujatele. Avatud ja piiratud menetluses valitakse parim pakkuja formaalsete reeglitega menetluses, kus läbirääkimised pakkumuse, tingimuste üle on keelatud. Ühtlasi on vaieldav, kas hankija poolne surveamine veel soodsamate pakkumuste esitamiseks on jätkusuutlik lahendus, kuivõrd see võib ohustada hilisemat suutlikkust lepingu täita.²⁴⁸ Parima tulemuse peavadki tagama formaalsed reeglid, mitte läbirääkimiste pidamine ja hankija piiramatu diskretsioon.

Erinevalt avatud ja piiratud menetlusest, mille puhul hankedirektiivid ei näe ette eraldi regulatsiooni, viitab hankedirektiivi 2004/18/EÜ artikkel 29 lg 6 ka mõistele täpsustamine

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 17, p. 21

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 78

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 88

²⁴⁸ Arrowsmith 2005, pp. 541-542

(ingl. k. *fine-tune*)²⁴⁹ - Arrowsmithi hinnangul lubab see järeldada, et vähemalt võistlevas dialoogis saab hankija nn parima ja lõplikuna aktsepteerida ka pakkumust, mida võidakse hiljem hanke vähemoluliste aspektidega seoses sisuliselt muuta.²⁵⁰ Seoses puudustega pakkumuse parandamisega viidati, et Euroopa Komisjoni tõlgendus artiklist 29 on, et sisuliselt on võistlevas dialoogis lubatud sama, mis avatud ja piiratud menetluses ja nimetatud võiks liigitada ka kitsaks tõlgenduseks hankedirektiivi artikli 29 lg-tele 6 ja 7, s.o. võttes arvesse viidatud sätete ja avatud ja piiratud menetlust käsitleva Nõukogu ja Komisjoni ühisdeklaratsiooni sõnastuse sarnasust, sätestab direktiiv lihtsalt avatud ja piiratud menetluses kehtiva põhimõtte uuesti võistleva dialoogi sätete all.²⁵¹ Nagu eespool märgitud, praktikud ja mitmed autorid kahtlevad Euroopa Komisjoni tõlgenduse õigustatuses.

Arrowsmith on seisukohal, et täpsustamise mõiste all on lubatud ka pakkumuste parendamine.²⁵² Ka hankedirektiivi ettevalmistavatest materjalidest nähtub (parandusettepanek nr 44), et mõiste täpsustamine oli kavandatud hõlmama ka muudatusi, mis ei ole üksnes selgitava iseloomuga, viidates isegi võimalusele, et pakkumuse olulistes tingimustes võiks olla lubatud mittefundamentaalsed muudatused. Euroopa Komisjon sellise ettepanekuga ei nõustunud ning see on leidnud väljendust ka kehtivas direktiivis.²⁵³ Samas tuleks ka täpsustamise mõistele anda mõte ja sisu, mis aitaks omakorda tagada, et võistlev dialoog on sobilik nende lepingute jaoks, milleks see menetlus algselt kujundati.²⁵⁴ Selline seisukoht on mõistetav, kuivõrd vastasel juhul jääb arusaamatuks, miks artikli 29 lg 6 viidatud mõistet kasutab. Uues direktiivi eelnõus ei ole enam viidatud eraldi mõistetele 'selgitama, piiritlema ja täpsustama', märgitud on üksnes, et pakkumus peab sisaldama kõiki lepingu täitmiseks vajalikke elemente.²⁵⁵ Võimalik, et nimetatud muudatuse tingis uute direktiivide üldine paindlikkust pooldav lähenemine, teiselt poolt on võimalik, et muudatusega soovib seadusandja veelgi rõhutada, et võistlevas dialoogis tuleb lähtuda samades pakkumuse muutmise reeglitest nagu avatud ja piiratud menetluses. Viimatimainitud seisukoht ei ole siiski autori hinnangul õigustatud.

²⁴⁹ Märkus: Inglisekeelne direktiivi tekst kasutab mõistet 'fine-tune', mille täpne tõlge autori hinnangul võiks pigem olla viimistleva või parendama. Töös kasutab autor siiski direktiivi eestikeelse teksti mõistet 'täpsustama'. Ka Eesti RHS § 56 lg 3 viitab mõistele täpsustamine, kuid nagu eelnevast analüüsist selgub, ei saa täpsustamise mõiste alla vähemalt avatud ja piiratud menetluses pakkumust pärast tähtaega parendada. RHS § 56 lg 3 mõistete kasutus ei ole täpne.

²⁵⁰ Arrowsmith 2005, p. 651

²⁵¹ *Ibid.*, p. 655

²⁵² Vershuur 2006, p. 330

²⁵³ M.C.J. Nagelkerke, M. van Rijn, G.J. Huith, M. van Valkenburg. Competitive Dialogue Abyss or Opportunity? 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 2008, pp 282-284; Internetis kättesaadav: <http://www.ippa.org/IPPC3/Proceedings/Chaper%2019.pdf> (22.04.2012)

²⁵⁴ Arrowsmith 2005, p. 655

²⁵⁵ Euroopa Komisjoni ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv riigihangete kohta, 22.12.2011, KOM(2011) 896 lõplik, artikkel 28 lõige 6

Hoolimata sellest tuleb siiski võtta arvesse, et võistlev dialoog on juba algselt paindlikum kui avatud ja piiratud menetlused - pakkumuste esitamisele on eelnenud põhjalike arutelude, s.o. dialoogi faas, kus on juba piisavalt paindlikkust ja võimalusi aruteludeks. Võiks asuda seisukohale, et seda enam ei ole põhjendatud pakkumuste esitamise järgselt enam pakkumuse tingimusi käsitleda. Sellegipoolest tuleb vaadata ka dialoogi etapi eesmärki, mis on sätestatud hankedirektiivi 2004/18/EÜ artikli 29 lõikes 3 - tuvastada ja määratleda hankija vajadusi kõige paremini rahuldavad lahendused.²⁵⁶ Dialoogi toimumise ajal ei ole dialoogi osalised esitanud pakkumusi ja hankija alles otsib sobivat lahendust. See tähendab, et hankija jaoks on esmaoluline turult võimalikult laiaulatusliku teabe saamine ning saadud teabe põhjal oma vajaduste määratlemine. Kuna dialoogi etapis on põhirõhk sobivaima lahenduse otsimine, on arusaadav, et praktikas ei pruugi keerukate lepingute puhul kõik aspektid olla lõplikult, detailideni läbi räägitud. Avaliku ja erasektori partnerluste puhul ei ole hankija näiteks alati kindel või ei ole võimalik teada, kas sõlmida hankeleping või kontsessioonileping, kas hangitakse asju, teenuseid või ehitustöid või hoopis kõiki kombineeritult, mis saab projekti opereerimis- ja majandamiskuludest jne.²⁵⁷ Kõik see võib olla dialoogi vältel peetavate läbirääkimiste eesmärgiks.

Sellegipoolest ei ole õige väita, et dialoogi etapp on vajalik ainult ideede paljususe saavutamiseks. Dialoogi etappi peetakse võistleva dialoogi kõige paindlikumaks osaks, mille on paljuski tinginud vähene reguleeritus hankedirektiivis,²⁵⁸ kus on lubatud arutada kõiki tulevase hankelepingu aspekte,²⁵⁹ s.o. lisaks tehnilistele aspektidele ka majanduslikke (näiteks hind, kulud ja tulud) ja õiguslike aspekte (näiteks riskide jaotus, tagatised jms).²⁶⁰ Juba dialoogi etapis peaks hankija teavet süstematiseerima, tegema järeldusi ja andma tagasidet välja pakutud lahendustele, k.a. näiteks riskide jaotuse, tulevase lepingu õiguslike aspektide või hinna küsimustes. Samas, Ühendkuningriigi Her Majesty's Treasury võistlevat dialoogi puudutavad ülevaates märgitakse, et hankija ei peaks alati kõiki lepingu aspekte läbi rääkima enne dialoogi faasi lõppenuks kuulutamisel.²⁶¹ Dialoogi faasi esmaseks ja otseseks eesmärgiks tuleb pidada siiski sobivaima lahenduse väljaselgitamist, kus majanduslikult

²⁵⁶ Hankedirektiiv 2004/18/EÜ artikkel 29 lõige 3; Arrowsmith 2010, p. 186

²⁵⁷ P. Trepte 2007, p. 407

²⁵⁸ P. Trepte 2007, p. 449; BSF guidance note. How to conduct a competitive dialogue procedure, 2006, p 7. Internetis kättesaadav: www.localpartnerships.org.uk

²⁵⁹ Arrowsmith 2005, p. 645

²⁶⁰ European Commission Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, p. 7. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (25.04.2012)

²⁶¹ HM Treasury Review of Competitive Dialogue. HM Treasury, 2010, p. 11

soodsaima valiku tegemine omab pigem kaudset tähendust. Võttes arvesse võistleva dialoogi menetlusega hangitavate objektide ja sõlmitavate lepingute iseloomu, on vajadus teatava paindlikkuse järele mõistetav.

Lisaks dialoogi etapile, on pakkumuse parendamise võimaluse puhul autori hinnangul takistuseks põhimõte, et lõpliku pakkumuse esitamise tähtaja saabumisega peavad olema otsustatud pakkumuse peamised võistlevad elemendid – ei saa olla veel paremat ja veel lõplikumat pakkumust.²⁶² Täpsustamine ei tähenda sama ulatuslikke läbirääkimisi nagu on ette nähtud dialoogi etapis ja hõlmab tõenäoliselt üksnes väiksemaid parendusi. Arrowsmithi hinnangul võiks pakkumuse parendamisena võistlevas dialoogis mõista seda, kui avaliku ja erasektori partnerluse hankija palub ehitise haldusteenuse hankes mõnel pakkujal täiendada halduskulude ülesehitust ühe konkreetse osa suhtes²⁶³ või täpsustada, kuidas hakkab toimuma lepingu täitmine pakkuja esitatud metoodika järgi.²⁶⁴ Toodud näited on üsna spetsiifilised ning seni kuni puudub kohtupraktika, on keeruline hinnata, millised parendused, kui üldse, on lubatud täpsustamise mõiste all. Autori hinnangul võiks parendamise õigus kohalduda näiteks olukorras, kus kaks pakkujat on esitanud pakkumused, mille suhtes hankijal on olemasoleva teabe põhjal keeruline teha lõplik valik, kuid sellisel juhul tuleb tagada, et hankija ei võta pakkumuse valikul arvesse kriteeriume, mida ei olnud algselt kõigile teatavaks tehtud.

Eelnevast järeldub, et avatud ja piiratud menetluses ei ole lubatav pakkumuste parendamine pärast pakkumuste esitamise tähtaega. Kuivõrd avatud ja piiratud menetluses kehtib üldine läbirääkimiste keeld, ei saa parendamist lubatavaks pidada ka juhul kui selline võimalus antakse kõigile pakkujatele. Võistleva dialoogi puhul, kus on märgitud suuremat vajadust paindlikkuse järele ka pakkumuste esitamise järgses faasis, võiks olla lubatud ka pakkumuste parendamine piiratud ulatuses. Oluline vastuargumendina tuleb siiski märkida, et võistlev dialoog on juba algselt tunduvalt paindliku menetlus kui avatud või piiratud menetlus, võimaldades dialoogi faasis pidada ulatuslikke läbirääkimisi kõigi tulevase hankelepingu aspektides. Sellegipoolest on mõistetav, võttes arvesse, et dialoogi etapi esmaseks eesmärgiks on hankija vajadustele vastava lahenduse leidmine, et praktikas on iga detaili läbirääkimine keeruline.

²⁶² Verschuur 2006, p. 330-331

²⁶³ Arrowsmith 2005, p. 655

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 657

2.2.2. Pakkumuse viimistlemine pärast eduka pakkumuse valikut

Keerukate ja mahult suurte hankelepingute sõlmimise menetlus võib olla nii rahaliselt kui ajaliselt kulukas. Seetõttu ei ole pakkujad huvitatud täiesti detailideni viimistletud pakkumuste vormistamisest enne kui neil ei ole kindlust, et nende pakkumus on edukaks tunnistatud. Kardetakse, et suured pakkumuse esitamise kulud, juhul kui nõutakse detailideni viimistletud pakkumuste esitamist, mõjutavad pakkujate soovi hangetes osaleda.²⁶⁵ Lisaks on praktikas väga suurte ja keerukate projektide puhul probleemiks asjaolu, et vaid üksikud pakkujad suudavad täita kõiki hanketingimusi lõpuni, mis tähendab, et ei saavutata avatust konkurentsile ja ettevõtjate paljusust. Seetõttu võib hankijal ja pakkujal suure ja keeruka projekti puhul olla huvi ja vajadus jätta projekti teatud osad nõ viimistlemiseks alles eduka pakkumuse valikule järgnevas faasis, s.o. ainult ühe pakkujaga (edaspidi edukas pakkuja). Pakkumuse viimistlemise all mõistab autor teatud väiksemaid täiendusi ja muudatusi pakkumuses, mis on seotud sõlmitava hankelepingu tingimuste lõpliku formuleerimisega.

Põhjustena miks hankija võib soovida pidada täiendavaid läbirääkimisi pakkumuse viimistlemiseks viitab Arrowsmith hankija muutunud nõudmistele, nt soovib hankija suurendada ostetavate toodete arvu. Veel võib olla põhjuseks, et pakkumus ei sisalda kõiki aspekte, mis on vajalikud lõpliku lepingu täitmiseks, kusjuures algne kavatsus oligi jätta teatud aspektid kokku leppida üksnes eduka pakkujaga. Samas märgib Arrowsmith, et viimane lahendus ei ole hankija jaoks alati soodne, kuna välja valitud pakkujaga ei pruugita jõuda lepingu sõlmimiseni ning hankija võib olla nõrgemas positsioonis lepingu tingimuste läbirääkimisel, sest puudub konkurents.²⁶⁶ Lisaks on eduka pakkumuse valiku järgse pakkumuse tingimuste muutmise puhul viidatud asjaolule, et direktiivid (vähemalt avatud ja piiratud menetluse puhul) ei reguleeri nimetatud faasi. Hankija võib valida välja ja eelistada konkreetset ettevõtjat, suunates teda esitama soodsat pakkumust ning tagab ettevõtjale hiljem tehingu kasumlikkuse lepingu täitmise faasi kaudu, s.o. hilisemad kokkulepped maksumuse suurendamise suhtes või hankija ei nõua ettevõtjalt eelnevalt sätestatud kvaliteedi nõuete täitmist. Olgugi et sellised teguviisid on direktiividega vastuolus, ei ole kõnealused juhtumid otseselt reguleeritud ja neid on raske tuvastada.²⁶⁷ Teiselt poolt, üksnes eduka pakkujaga

²⁶⁵ Kennedy-Loest 2006, p. 316

²⁶⁶ Arrowsmith 2003, p. 260

²⁶⁷ Arrowsmith 2005, pp. 173-174

läbirääkimisi pidades ei saa hankija enam kasutada seda faasi ühe eelistatud ettevõtja võitjaks aitamisel, kuivõrd võitja on juba pakkumuste põhjal välja valitud.²⁶⁸

Eduka pakkumuse järgselt tehtavate muudatuste suhtes saab üldiselt kohaldada samu aluseid, mis hankelepingu muutmise puhul. Hankelepingu tingimuste muutmise suhtes on Euroopa Kohus väljendanud, et juhul kui hankija soovib säilitada võimaluse pärast pakkumise võitja väljaselgitamist hankelepingu tingimusi muuta, tuleb selline võimalus koos vastavate detailsete reeglitega hanketingimustes selgesõnaliselt ette näha, et kõik pakkujad oleksid võrdselt teadlikult sellisest võimalusest ja muutmise reeglitest.²⁶⁹ Ühtlasi on eelduslikult lubatud ka hankija kasuks tehtud muudatused.²⁷⁰ Nii nagu hankelepingu muutmise lubatavuse puhul tuleb arvesse võtta ka muudatuse mõju lepingu majanduslikule tasakaalule, muudatuse tinginud põhjuseid, vastava valdkonna praktikale ning muudatuse olemusele ja ulatusele,²⁷¹ nii tuleb ka enne hankelepingu sõlmimist mainitud järgida. Autori hinnangul eristab hankelepingu muutmise ja pakkumuse viimistlemise lubatavust eelkõige asjaolu, kas muutmiseks on objektiivne põhjus, mida on keerulisem tuvastada enne hankelepingu sõlmimist, seda eelkõige avatud ja piiratud menetluse puhul. Võistleva dialoogi puhul on võrdlus hankelepingu muutmise alustega asjakohasem, kuivõrd sõlmitava hankelepingute erinev keerukus võib iseenesest olla objektiivseks põhjuseks, mis on vajalik pakkumust viimistleda pärast eduka pakkumuse valikut.

Praktikas on võistleva dialoogi puhul, kus dialoogi etapis on lubatud ulatuslikud läbirääkimised, eelistatud olukord, kus hankija kuulutab dialoogi faasi lõppenuks ja palub esitada lõplikud pakkumused ainult juhul, kui hankija on veendunud, et pakkujad suudavad lepingut ka tegelikkuses täita.²⁷² Nagu näiteks asjaolu, kas pakkujal on finantseerijate poolne siduv kinnitus, et projekti rahastamine on tagatud. Samas suhtes hankedirektiivi 2004/18 artikkel 29 lg 7 võistleva dialoogi puhul, et vajadusel ja hankija taotlusel võidakse paluda, et majanduslikult soodsaima pakkumuse esitanud pakkuja „*selgitaks pakkumuse tahke või kinnitaks pakkumuses sisalduvaid kohustusi, tingimusi, et see ei muuda lepingu olulisi aspekte ega tekita konkurentsi moonutamise ega diskrimineerimise ohtu.*” Direktiivi artikkel 29 lg 7 ei luba selgesõnaliselt teha muudatusi lepingu tingimustes pärast eduka pakkuja valikut, kuid viitab samas 'hanke oluliste aspektide muutmise keelule', mida võib tõlgendada

²⁶⁸ Arrowsmith 2003, p. 260

²⁶⁹ *Succhi di Frutta*, p. 118

²⁷⁰ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes, 2010, lk 140

²⁷¹ Arrowsmith 2005, p. 551

²⁷² J. Dickinson. Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets. *Public Procurement Law Review* 2009, 3, pp. 95-97, pp. 96-97

kui kaudset viidet, et vähemolulistest aspektides on muudatused lubatud.²⁷³ Euroopa Komisjoni seisukoht lõike 7 suhtes on pigem kitsendav: „Tuleb rõhutada, et see (selgituste või kinnituste andmine – autor) ei tähenda nimetatud ettevõtjaga läbirääkimiste pidamist – selliseid läbirääkimisi lubavad muudatusettepanekuid tehti ja lükati tagasi ühenduse seadusandliku menetluse käigus. See on seotud millegi hoopis vähemaga, nimelt juba lõplikus pakkumuses nimetatud ettevõtjate „selgitustega” või „kinnitustega”.“²⁷⁴ Arrowsmith on Komisjoni selgitavaid märkusi kritiseerinud leides, et see ei anna sisulisi juhiseid, mida võib kõnealuses faasis lubada.²⁷⁵

Teiselt poolt, European PPP Expertise Centre (EPEC) läbi viidud võistleva dialoogi uuringu tulemuste järgi leidsid praktikud, et lepingu tingimuste detailideni väljatöötamine ei pruugi alati olla pragmaatiline olukorras, kus menetluses on mitu pakkujat ja kui kõik pakkujad pakuvad väga erinevaid lahendusi. Seetõttu tehakse valik (tulevase lepingu) tingimuste alusel, mis ei ole veel detailideni määratletud, kusjuures pärast eduka pakkuja valikut on seetõttu tõenäoline, et eduka pakkujaga tuleb lepingu detaile kohandada. Direktiivi kitsas tõlgendus²⁷⁶ uuringu küsimustele vastanud praktikute arvamuse kohaselt sellist võimalust ei paku. Sealjuures tunnistatakse, et laiem tõlgendus võib vastupidi vähendada võistlevat õhkkonda ja ranget hinnadistsipliini ning tekitada suuremat juriidilist riski.²⁷⁷

Suurte ja keerukate projektide puhul on probleemiks just pakkumuse esitamise suured kulud,²⁷⁸ mis võivad olla takistuseks konkurentsile avatuse saavutamisel. Teatud aspektide viimistlemine alles eduka pakkujaga võib vähendada nimetatud kulusid ja suunata hankijaid rohkem kasutama võistlevat dialoogi kui läbirääkimistega menetlust, isegi kui viimase menetluse valikuks oleks õiguslik alus, kusjuures võistleva dialoogi eelistamist pigem soositakse.²⁷⁹ Seetõttu vajab vastust küsimus, kas üksikasjaliste ja formaalsete hankereeglite sätestamine ja järgimine (mille eesmärgiks on läbipaistvus ja võrdne kohtlemine) õigustab suuri pakkumuse kulusid. On väljendatud kahtlust, kas Euroopa Komisjon või ka kohtud loeksid puhtalt ärilise kaalutluse (nt pakkumuse kulude kokkuhoid) ülimuslikuks võrdse

²⁷³ Brown 2004, p. 175

²⁷⁴ European Commission Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, p. 6. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (25.04.2012)

²⁷⁵ S. Arrowsmith. Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance. Public Procurement Law Review, 2006, 3, 86-136, pp 105-106

²⁷⁶ Märkus: Euroopa Komisjoni tõlgendus

²⁷⁷ Procurement of PPP and the use of competitive dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU. European PPP Expertise Centre, 2010, p. 14

²⁷⁸ Trepte 2004, pp. 124-126

²⁷⁹ Arrowsmith 2005, p. 652

kohtlemise ja läbipaistva protsessi ees.²⁸⁰ Pakkumuse kulude kokkuhoid ei ole samas iseseisev eesmärk, vaid üks konkurentsi tagamise meede – olukorras, kus pakkumuse esitamise kulusid on võimalik vähendada, on tõenäolisem, et suurem hulk ettevõtjaid on võimelised ja huvitatud hankemenetluses osalemisest, selline meede peaks soodustama ka väikse ja keskmise suurusega ettevõtjate ligipääsu hanketurule.

Ühes palju viidatud otsuses, mis puudutas eduka pakkumuse valiku järgselt tehtud täiendusi väljakuulutamise ja läbirääkimiste menetluses, on *London Underground PPP* otsus. Muudatusi tehti tööde teostamise ajas, järjekorras ja teostatava töö mahus, muudatused lepingu täitmise režiimis ja lepingu täitmise kvaliteedi hindamise meetodites, muudatused riskide jaotuses ja muudatused teatud rahastamise tingimustes.²⁸¹ Komisjon ei pidanud muudatusi oluliseks ei üksikult ega kogumis, leides, et muudatuste tegemine ei oleks meelitanud pakkumusi tegema uusi potentsiaalseid pakkujaid, kes võib-olla esialgse hanketeate alusel seda teinud ei oleks.²⁸² Muutmise võimalust võistlevas dialoogis peetakse siiski piiratumaks,²⁸³ seda arvamust jagab ka reeglina paindlikumat lähenemist pooldav Arrowsmith. Komisjon rõhutas *London Underground PPP* otsuses asjaolu, et läbirääkimistega hankemenetlus on olemuselt paindlik. Samas, kuna võistleva dialoogi ja läbirääkimistega menetluse kasutamise alused on teatud ulatuses kattuvad, ei näe mitmed autorid vajadust võistleva dialoogi puhul järgida kitsast tõlgendust ja väiksemat paindlikkust.²⁸⁴ Autori hinnangul saab kõnealusest otsusest siiski järeldada, et hanke keerukus põhimõttena on asjaolu, mida hankija võib oma otsuste tegemisel arvesse võtta. Ühtlasi järeldub nimetatud otsusest, et muudatuste lubamist võib mõjutada ka asjaolu, et muudatused olid tingitud asjaoludest, mis oleksid toonud kaasa muudatusi, olenemata sellest, milline pakkumus osutus edukaks.²⁸⁵

Uues direktiivi eelnõus on lõike 7 sõnastust muudetud: „Vajaduse korral ja rahaliste kohustuste või muude lepingutingimuste lõplikuks kinnitamiseks võib avaliku sektori hankija pidada artikli 66 lõike 1 punkti a kohaselt majanduslikult soodsaima pakkumuse teinud pakkujaga läbirääkimisi lepingu lõplike tingimuste üle, tingimusel et see ei mõjuta oluliselt pakkumuse või hanke sisu, eelkõige hanketeates ja/või kirjeldavas dokumendis esitatud vajadusi ja nõudeid, ning sellega ei kaasne konkurentsi moonutamise või diskrimineerimise

²⁸⁰ Kennedy-Loest 2006, pp. 321-322

²⁸¹ *London Underground PPP*, p. 90

²⁸² *Ibid.*, p. 89

²⁸³ Dickinson 2009, p. 96; Brown 2004, p. 176

²⁸⁴ M.C.J. Nagelkerke jt 2008, p. 283

²⁸⁵ *London Underground PPP*, p. 88

ohu.“ Autori hinnangul viitab sätte selline sõnastus kahele olulisele aspektile, mis mõjutavad pakkumuse viimistlemisel tehtavate muudatuste lubatavust, millele on ka ülal viidatud - hankija objektiivne vajadus ning lepingutingimuste lõplik kinnitamine, s.o. pakkumuse viimistlemine on lubatud üksnes juhul kui selle on tinginud hankija objektiivne vajadus ning juhul kui viimistlemine on seotud lepingutingimuste lõplikuks kinnitamiseks.

Üheks selliseks aspektiks, mida võiks käsitleda pärast eduka pakkuja valikut, millele viitab ka uue direktiivi eelnõu tekst, on finantsauditi (ingl. k. *financial due diligence*) läbiviimine projekti rahastajate poolt.²⁸⁶ Kui igasugused läbirääkimised pärast eduka pakkumuse valikut oleksid keelatud, peaksid kõik projekti rahastajad oma tehingueelse analüüsi olema läbi viinud juba pakkumuste esitamise ajaks. Projekti rahastamist puudutav kokkulepe, sh väga suuremahuliste plaanide tegemine peaks olema lõplik ja kõik pakkujad peaksid olema sellise kokkuleppe saavutanud. Pakkumuse viimistlemise lubatavuse õigustamiseks on siin seega soov hoida kokku tehingu kulusid ja vältida finantsasutustele negatiivsete stiimulite tekitamist osaleda suurtes ja keerukates projektides.²⁸⁷ Keerulisem on hinnata sellise auditi tulemuste mõju, näiteks kui auditi tulemusena osutub vajalikuks muudatuste tegemine algsetes tingimustes. Laiem tõlgendus oleks, et muudatused on lubatud, kui sellega ei kaasne tulevase hankelepingu oluliste aspektide muudatust.²⁸⁸ Kui siiski kaasnevad muudatused olulistes tingimusest, saab kohaldada hankelepingu muutmise reegleid. Tuleb asuda seisukohale, et juhul kui finantsauditi tulemused on sellised, mis välistavad hankelepingu sõlmimise eduka pakkujaga, või tingivad muudatusi hankelepingu olulistes tingimustes lubatust suuremal määral, ei jää hankijal muud võimalust, kui korraldada uus hankemenetlus.

Eduka pakkuja valikule järgnevalt võiks toimuda ka teatud uuringute läbiviimine, et vältida kõigi pakkujate poolt vastavate kulutuste tegemist enne pakkumuse esitamist. Üldreeglina on teatud uuringute tegemise jätmine eduka pakkuja valiku järgsesse faasi lubatud, v.a. kui uuringute tulemusena muudetakse hankelepingu olulisi tingimusi – sellisel juhul peab hanketingimustes olema vastav võimalus ja detailne reeglistik ette nähtud.²⁸⁹

Põhimõtteline üksmeel iseloomustab ka (ehitus)projekti tehniliste detailide viimistlemist. Projekti detailsemaks muutmise puhul on keeruline tuvastada, et see võiks põhjustada konkurentsi moonutusi või ebavõrdset kohtlemist. Arrowsmith toob näiteks ruumide täpse

²⁸⁶ *Ibid.*, paragraph 88

²⁸⁷ Verschuur 2006, p. 331.

²⁸⁸ Kennedy-Loest 2006, pp. 321-322

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 324

paigutuse projekti plaanil, mis ei oma või omab üksnes minimaalset mõju maksumusele, eriti need, mille suhtes pakkumus näeb juba algselt ette hinna kindlaks määramise meetodi-struktuuri või kindlaksmääratud kulude raamistiku.²⁹⁰ Veel võiks pärast eduka pakkuja valikut kulude kokkuhoiu eesmärgil olla lubatav (näiteks avaliku ja erasektori partnerluse projektides) teenuste täpse osutamise viisi detailne kindlaksmääramine, kui hankija on teinud kindlaks teenuse osutamise metodoloogia (metodoloogiat puudutavate detailide väljatöötamine võib tähendada suuri kulutusi pakkujatele). Sealjuures on seoses eduka pakkujaga peetavate aruteludega Arrowsmith seisukohal, et selliste arutelude ajaline kestus ei tohiks määratleda, kas tegemist oli pakkumuse lubatud muutmisega.²⁹¹ Peamine on, et eduka pakkuja valikule järgnevas etapis peab hankija jälgima, et muudatused või arengud projektis jääksid siiski algse pakkumuse piiridesse,²⁹² millele viitab ka uue hankedirektiivi eelnõu tekst, ning kõik aspektid, mis jäetakse viimistleda alles pärast eduka pakkumuse valikut, oleksid avaldatud hanketingimustes.

Kokkuvõttes tuleb asuda seisukohale, et pakkumuse viimistlemine pärast eduka pakkuja valikut on lubatud, juhul kui viimistlemine on seotud detailide täiendamisega või hankelepingu tingimuste lõpliku kinnitamisega. Juhul kui pakkumuse viimistlemise tulemusena on vajalik muuta pakkumuse olulisi tingimusi, saab lähtuda hankelepingu muutmise reeglite alustest, s.o. muudatus on lubatav, kui muudatuse võimalus on hanketingimustes sätestatud või kui muudatus on tehtud hankija kasuks. Hankelepingu muutmise puhul tuleb muutmise lubatavuse hindamisel vaadata ka seda, kas muudatuse tegemiseks on objektiivne alus. Nimetatud objektiivse aluse esinemise tõttu tuleb eristada pakkumuse viimistlemise puhul avatud ja piiratud menetlust ja võistlevat dialoogi. Avatud ja piiratud menetluses ei saa eelduslikult olla objektiivset vajadust pakkumuse aspektide viimistlemiseks pärast eduka pakkumuse valikut. Võistlevas dialoogis on viimistlemine õigustatav, kuivõrd see võimaldaks eriliselt keerukate hankelepingute sõlmimise puhul vähendada pakkumuse esitamise kulusid, soodustades konkurentsile avatust ja ettevõtjate paljusust menetluses.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 324

²⁹¹ Arrowsmith 2005, pp. 651-652

²⁹² HM Treasury Review of Competitive Dialogue. Her Majesty's Treasury: 2010, p. 24

Kokkuvõte

Pakkumuse õigeaegne, korrektne ja arusaadaval viisil esitamine on pakkuja vastutus, s.o. hankijal peab olema võimalik pakkumuse põhjal tuvastada selle vastavus ja teha lõplik valik. Samas on selge, et pakkumustes võivad esinevad erinevad puudused või ei ole pakkumuses esitatud teave piisav lõpliku valiku tegemiseks, mistõttu annavad RHS § 56 lõige 3 ja hankedirektiivi 2004/18/EÜ hankijale õiguse pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkumuse aspekte selgitada või täiendada. Pakkumuse muutmise lubamine on hankija kaalutusotsus, mille tegemisel tuleb hankijal võtta arvesse kõik olulisi kaalutlusi, sh hanke üldpõhimõtteid, ning põhjendada arvesse võetud kaalutluste põhjal, miks konkreetsel juhul on lubatud pakkumuse muutmine.

Töö esimese põhiseisukohana väideti, et võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt ei ole eelduslikult lubatud pakkumuse muutmine, kui muutmisega kaasneb mittevastava pakkumuse muutmine vastavaks või muutub pakkumuse majanduslik soodsus. Mainitud seisukoht leidis uurimuse tulemusena kinnitust.

Tuvastati, et pärast pakkumuse esitamise tähtaega ei ole lubatud muuta pakkumuse olulisi tingimusi, s.o. tingimusi, mis on aluseks pakkumuse vastavaks tunnistamisel või majandusliku soodsuse hindamisel. Jõuti järeldusele, et teatud vähemoluliste aspektide suhtes on lubatud tingimuse sisuline muutmine, kuid pakkumuse olulise tingimuse muutmise keelu puhul on lubatud üksnes tingimuse vormiline muutmine. Olulise tingimuse sisuliseks muutmiseks peab olema objektiivne õigustus, mis töös käsitletu põhjal esineb üksnes erandlikel asjaoludel.

Olulise tingimuse sisulise muutmise puhul tuleb eeldada, et rikutakse ka võrdse kohtlemise põhimõtet. Andes pakkuja võimaluse muuta pakkumuse olulisi tingimusi, saab pakkuja sisuliselt uue võimaluse oma parima ja lõpliku pakkumuse esitamiseks. Seetõttu on eelduslikult keelatud ka vigade parandamine ning ebaselguste kõrvaldamine, kui hankijale ei ole pakkumuse või pakkumuse esitamisega seotud asjaolude põhjal selge, kuidas tuleks viga parandada või millist teavet ebaselguse korral pakkumusest arvesse võtta. Pakkumuse parendamist tuleb pidada keelatuks, sest parendamise võimaldamisega hankija sisuliselt pikendab pakkuja suhtes pakkumuse esitamise tähtaega. Parendamise võimaluse andmine kõigile pakkujatele ei ole lubatav üldise läbirääkimiste keelu tõttu. Pärast eduka pakkumuse valikut pakkumuse lõpliku viimistlemise lubatavuse hindamisel saab lähtuda hankelepingu muutmise alustest, kuid erinevalt hankelepingu muutmisest ei ole vähemalt avatud ja piiratud

menetluse puhul pakkumuse viimistlemine reeglina objektiivselt õigustatav. Erandina saab selliseks õigustuseks olla hanketingimustes muudatuste tegemise üksikasjaliku raamistiku ettenägemine.

Võrdse kohtlemise põhimõttest tulenevalt on hankijal kohustus kohaldada kõiki hanketingimusi võrdselt. Ühelt poolt, juhul kui hanketingimustes on sätestatud, et pakkujatel on õigus pakkumusi selgitada ja täiendada või vigu parandada pärast pakkumuste esitamise tähtaega, on pakkuja kohustatud sellise võimaluse andma kõigile pakkujatele, kes on võrreldavas positsioonis, s.o. näiteks pakkujad, kes on teinud sama vea. Teiselt poolt, juhul kui hanketingimustes on sätestatud otsene keeld, et pakkumuse muutmine pärast esitamise tähtaega ei ole lubatud, on hankija võrdse kohtlemise tagamiseks kohustatud sellisest keelust kinni pidama.

Töö teise põhiseisukoha järgi ei välista võrdse kohtlemise põhimõtte ilmsete vigade ja ebaselguste parandamist.

Uurimuses jõuti järeldusele, et mitteolulise tingimuse muutmine või pakkumuse olulise tingimuse vormiline muutmine ei ole vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega, kuivõrd pakkuja, kellele sellistel tingimustel võimaldatakse pakkumuse muutmist, ei saa teiste pakkujate eest olulist eelist. Olukorras, kus pakkuja on teinud vea või pakkumuse sisus on ilmne mitmetimõistetavus, kuid hankijal on võimalik pakkumuses sisalduva muu teabe põhjal või pakkumuse esitamisega seotud asjaoludest tulenevalt võimalik ise viga parandada või ebaselgus kõrvaldada, on tegemist ilmse vea või ebaselgusega. Sellise pakkumuse saab lugeda sisuliselt vastavaks.

Töös tuvastati, et juhul kui ilmse vea või ebaselguse parandamine ei riku võrdse kohtlemise põhimõtet, ei ole hankijal alust muutmise lubamisest keelduda ja tekitada sellega pakkujale suurem kahju. Seetõttu on hankijal, tulenevalt proportsionaalsuse põhimõttest, mida tuleb ka riigihangete läbiviimisel järgida, teatud juhtudel kohustus lubada ilmse vea või ebaselguse parandamist. Ühtlasi tuvastati, et sisuliselt on tegemist hankija kohustusega rakendada talle antud kaalutusõigust piisava hoolsusega. Sellegipoolest, kui hankija on ilmse vea või ebaselguse puhul võtnud arvesse kõiki kaalutlusi ning kui ei esine erandlikke asjaolusid, ei ole hankijal tulenevalt proportsionaalsuse põhimõttest muud õiguspärast võimalust kui lubada pakkumust muuta.

Eeltoodut tuleb järgida ka hanketingimuste kohaldamisel – ühelt poolt ei saa hankija hanketingimustega võtta endale õigust lubada pakkumuse muutmist laiemas ulatuses kui võimaldab seadus, teiselt poolt ei saa hanketingimustega eelduslikult välistada pakkumuse lubatud muutmist või välistada kaalutlusõiguse kasutamist, kui pakkumuse muutmine oleks õigustatud. Erandina võib e-riigihangete puhul, kus pakkumuse vormil on samuti oluline tähendus, hankijal olla õigus lugeda oluliseks ka pakkumuse formaalsed tingimused.

Kolmanda põhiseisukohana märgiti, et võistlevas dialoogis sõlmitavate eriliselt keerukate hankelepingute puhul võib hankija pakkumuse muutmise lubatavuse hindamisel võtta arvesse hankelepingu erilist keerukust.

Eriliselt keerukate hankelepingute sõlmimise puhul säästlikkuse saavutamiseks peab menetlus olema piisavalt paindlik. Töös jõuti järeldusele, et võistleva dialoogi puhul, peaks hankija kaalutlusruum pärast pakkumuste esitamise tähtaega pakkumuste muutmisel oleva suurem kui avatud ja piiratud menetlusest, seda just võistlevas dialoogis sõlmitavate lepingute eripära tõttu. Hankelepingu keerukuse puhul on nähtud õigustust lubamaks vigade ja ebaselguste parandamine ka juhul kui need ei ole ilmsed. Ühtlasi tuvastati töös, et võistlevas dialoogis võib olla lubatud ka pakkumuste parendamine. Tagamaks efektiivset konkurentsi suurte ja keerukate hankelepingute sõlmimise puhul, kus konkurentsiolukorda võivad kahjustada kõrged nõudmised ja suured pakkumuste esitamise kulud, peaks hankijal olema pärast eduka pakkumuse valikut õigus pakkumust viimistleda seoses sõlmitava hankelepingu tingimuste lõpliku formuleerimisega – eelkõige võiks kõnealuses faasis viimistleda selliseid aspekte, mida oleks tehtud ükskõik milline pakkumuse oleks tunnistatud edukaks. See, kas pakkumuse viimistlemise käigus on lubatud ka sisulised muudatused olulistes tingimustes ei ole üheselt selge, kuid muudatuste lubatavuse üle otsustamisel on võimalik lähtuda hankelepingu muutmise alustest.

Hankelepingu erilise keerukusega arvestamisel tuleb sellegipoolest tagada ka hanke üldpõhimõtete, muu hulgas võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine, s.o. hankelepingu keerukus ei ole eraldiseisev kaalutlus. Saavutamaks hanke säästlikkust ka keerukate hankelepingute sõlmimisel, mis ei ole küll EL-i hanke üldpõhimõte, kuid milline eesmärk on liikmesriigi siseselt õiguspärane, võiks teatud juhtudel hankelepingu keerukust vaadelda kui objektiivset põhjendust erinevale kohtlemisele, õigustamaks väheolulist riivet võrdse kohtlemise põhimõttele.

Amendment of tender in public procurement procedure after the tender deadline

Resumé

This thesis studies the amendment of tender in public procurement procedure after the tender deadline in open and restricted procedure as well as competitive dialogue procedure. Regarding the mentioned procedures no negotiations are allowed after the submission of tenders. Nevertheless, it is considered common that in public procurement procedure tenders may contain errors and ambiguities or the contracting authority is not able to sufficiently ascertain on the basis of the tender which value the tender offers, which implies that there should be the possibility of allowing some amendments even after the tender deadline.

The Public Procurement Act stipulates in section 56 subsection 3 that the contracting authority may request that the tenderer clarify, specify or fine-tune the information presented in the tender. The mentioned regulation relates on the one hand to verification of admissibility of tenders as to which the Public Procurement Act section 47 subsection 2 states that the contracting authority may declare a tender admissible if it does not contain any substantive deviations from the established tender terms. Declaring a tender admissible is the discretion of the contracting authority who must substantiate in each occasion why it considers that a tender does not contain any substantive deviations from the tender terms. On the other hand the contracting authority may apply section 56 subsection 3 for receiving additional, more detailed information from the tenderer in order to make its final choice.

For the open and restricted procedures the Directives do not include any specific provisions regarding amendment of tenders after the tender deadline. In case of competitive dialogue the Directiv 2004/18/EC however states in article 29 subsections 6 and 7 that there is some room for amendments both prior to and after that selecting the most economically advantageous tender. It is suggested that the existence of specific regulation implies that there should be more room for amendments in competitive dialogue when compared to the open and restricted procedure.

Even though in open and restricted procedures and competitive dialogue there should be no negotiations allowed after the tender deadline, some minor adjustments may be needed for the purpose of obtaining value for money, process efficiency and assuring effective competition

in the procedure. If amendments are allowed it can assure that more competing tenders remain in the competition for the contract, which can have a positive effect on the value for money objectives pursued by member states. The objective of value for money cannot however be pursued over the observance of the EU general principles of public procurement. The general principles set significant restrictions to the contracting authority's discretion to allow amendments to tenders.

As neither the Public Procurement Act or the Directives do not specify which exact criteria must be taken into account when allowing amendments (some direction is given by the Directive 2004/18/EU), the contracting authority will have to decide in each occasion based on the specific facts of the case if amendments are permitted. Such *ad hoc* analysis for deciding whether amendments are permitted can not be considered to be the most efficient. Taking into account the reference to clarifying, specifying and fine-tuning, it is important to establish exactly which tender conditions, to which extent and in which ways may be amended. To date there have been no academic studies regarding the present issue which would conclude the relevant practice and theory.

The aim of the thesis was to ascertain which restrictions apply to the amendment of tenders after the tender deadline and which is their exact content. Based on the restrictions it was the aim of the author of this thesis to establish which amendments are permitted. The author stated the following hypothesis':

1. With regard to the equal treatment principle it is not permitted to amend the tender if as a result of the amendment a non-compliant tender will be brought into compliance with tender terms, or the economical advantages of the tender are amended.
2. The equal treatment principle does not preclude amendment of obvious errors and ambiguities.
3. In the context of particularly complex contracts awarded in competitive dialogue procedure the contracting authority is allowed to take into account the particular complexity of the procurement contract.

The results of the study confirmed that there are certain fundamental conditions of the tender which may not be amended after the tender deadline, such as price, risk allocation and other competitive elements of the tender, as well as mandatory terms of the tender, such as the mandatory technical requirements of a product. The fundamental conditions may not be

amended substantially, except in certain exceptional circumstances such as the fault of the contracting authority. Formal amendment of fundamental conditions is permitted.

Amending the mandatory terms or competitive elements of the tender will presumably imply that the equal treatment principle is impaired as the tenderer who is allowed to correct an error or complete its tender will have an unfair advantage over other tenderers. For this reason it is not in accordance with the EU procurement rules to tenders to be improved, at least in open and restricted procedures, which is also supported by the fact that ban on negotiations applies to the mentioned procedures. The same applies to fine-tuning the tender after selection of the most economically advantageous tender – even though it was concluded that the rules of amending the public contract can be applied to the present stage of the procedure, the general ban on negotiations and the lack of justified grounds for allowing amendments will in most cases preclude improvements to the tender after selection of the most advantageous tender.

It can be concluded on the basis of the study that amending a non-fundamental term of the tender or amending the fundamental terms only formally will not result in breach of the equal treatment principle. This implies that it is permitted to correct obvious errors and ambiguities in the tender. The term ‘obvious’ refers to the situation where the tender contains errors or ambiguities with regard to which the contracting authority is able to ascertain with certainty the reason for the error or ambiguity and can correct it on the basis of other information submitted in the tender or based on circumstances related to the submission of the tender. In connection to obvious errors and ambiguities it was concluded that the contracting authority may be under the obligation to allow correction of tenders if prohibiting the correction would be an obvious breach of the principle of proportionality.

The above must be complied with when applying the tender terms. If the right to amend tenders is stipulated in the tender terms, the contracting authority may not apply such term in order to allow amendments beyond what is permitted by the law, except when the tender terms contain a detailed framework of the expected amendments. If the tender terms establish the prohibition on amendment of tender after the tender deadline, the prohibition must apply to all tenderers. In exceptional circumstances when the applying of the prohibition would result in obvious breach of the principle of proportionality, the tender term must not be applied.

Finally the study confirmed that there is greater flexibility available in the competitive dialogue for allowing amendments to tenders. The complexity of public contract must be viewed as objective characteristic of contract which could in certain cases justify higher risk of discrimination. Taking into account the particular complexity of the contracts awarded in the competitive dialogue procedure it may be possible to allow tenderers to make minor improvements to tenders and correct errors and ambiguities which are not obvious on the basis of the tender. There is also greater need for flexibility after selection of the most economically advantageous tender in order to assure effective competition and save of tender costs – the tenders can be fine-tuned on certain details which would need to be finalised with any of the successful tenderers, such as the financial due diligence or finalisation of construction project details.

Allikate loetelu

Õigusaktid

Euroopa Liidu õigusaktid:

1. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta
2. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused

Eesti õigusaktid:

3. Haldusmenetluse seadus. RT I 2001, 58, 354; RT I, 23.02.2011, 8
4. Riigihangete seadus. RT I 2007, 15, 76; RT I, 14.02.2012, 2
5. Vabariigi Valitsus määrus Pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise kord, dünaamilise hankesüsteemi loomise ja kasutamise tingimused ja kord, dünaamilise hankesüsteemi alusel hankelepingute sõlmimise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise kord ning nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise seadmetele. RT I 2010, 20, 104.

Õigusaktide eelnõud

6. Euroopa Komisjoni ettepanek Euroopa Parlamendi ja Nõukogu Direktiiv riigihangete kohta, 22.12.2011, KOM(2011) 896 lõplik. Internetis kättesaadav: https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216329&folderId=216168&name=DLFE-11502.pdf (25.04.2012)

Kirjandus:

7. Aedmaa, A., Lopman, E., Parrest, N., Pilving, I., Vene, E... Haldusmenetluse käsiraamat. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004

8. Arrowsmith, S. Government Procurement in the WTO. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
9. Arrowsmith, S. EC procurement rules in the UK courts: an analysis of the Harmon case: Part 1. Public Procurement Law Review, **2000**, **3**, 120-134
10. Arrowsmith, S. EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> (25.04.2012)
11. Arrowsmith, S. Implementation of the new EC procurement directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: a review of the new legislation and guidance. Public Procurement Law Review 2006, 3, 86-136
12. Arrowsmith, S. Law of public and utilities procurement. 2nd edn. London: Sweet & Maxwell, 2005
13. Arrowsmith, S. National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict? in S. Arrowsmith and A. Davies ed. Public Procurement: Global Revolution, Kluwer Law International: 1998
14. Arrowsmith, S. Kunzlik, P. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge, UK; New York : Cambridge University Press, 2009
15. Bing, Li, Akintoye, A, Edwards, P. J., Hardcastle, C. The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK. - International Journal of Project Management 2005, 23, pp. 25–35.
16. Brown, A. The impact of the new Procurement Directive on large public infrastructure projects: competitive dialogue or better the devil you know? Public Procurement Law Review 2004, 4, 160-177
17. Brown, A. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06, Public Procurement Law Review 2008, 6, pp. 253-267
18. Brunning, S. Equal treatment and fairness in the tender process. Public Procurement Law Review 2011, 5, pp.198-200
19. Brunning, S. Unambiguous errors in tenders, Public Procurement Law Review 2011, 5, pp. 201-204
20. BSF guidance note. How to conduct a competitive dialogue procedure, 2006. Internetis kättesaadav: www.localpartnerships.org.uk (25.04.2012)

21. Commission of the European Communities. Communication “Public Procurement in the European Union” of March 11, 1998, COM (1998) 143 Final. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.oecd.org/dataoecd/44/25/39638583.pdf> (25.04.2012)
22. Competitive Dialogue Procedure: OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations. Office of Government Commerce: 2006, p. 6. Internetis kättesaadav: http://www.plymouth.gov.uk/de/guide_competitive_dialogue.pdf (25.04.2012).
23. Council and Commission Statement concerning Article 7(4) pf Public Works Directive 93/37 1994 O.J. L111/114;
24. Dickinson, J. Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets. Public Procurement Law Review, 2009, 3, pp. 95-97
25. Euroopa Komisjon. Roheline Raamat e-riigihangete laiema kasutuselevõtu kohta ELis. Brüssel 18.10.2010, KOM(2010) 571 lõplik. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0571:FIN:ET:PDF> (25.04.2012)
26. Euroopa Komisjoni tõlgendav teatis C(2007)6661, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori.institutsionaliseeritud partnerluse suhtes. Brüssel, 05.02.2008. Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_et.pdf (25.04.2012)
27. European Commission Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, Internetis kättesaadav: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf (25.04.2012)
28. Graells, A. S. Public procurement and the EU competition rules. Oxford: Hart Publishing, 2011
29. Henty, P. Extensions to the tender deadline: the case of Azam & Co v Legal Services Commission. Public Procurement Law Review, 2010, 5, pp. 206-208
30. HM Treasury Review of Competitive Dialogue. Her Majesty’s Treasury: 2011. Internetis kättesaadav: http://www.hm-treasury.gov.uk/d/ppp_competitive_dialogue.pdf (25.04.2012)
31. Karindi-Kask, E. jt (koost). Riigihangete juhis. Tallinn: Rahandusministeerium, 2012. Internetis kättesaadav:

https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=7acd26a2-2706-4113-9b33-c7d057896668&groupId=11726 (25.04.2012)

32. Krüger, K., Nielsen, R., Bruun, N. European Public Contracts In a Labour Law Perspective. Copenhagen : DJOF, 1998
33. Nagelkerke, M.C.J., van Rijn, M., Huith, G.J., van Valkenburg, M. Competitive Dialogue Abyss or Opportunity? 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 2008. Internetis kättesaadav: <http://www.ippa.org/IPPC3/Proceedings/Chaper%2019.pdf> (22.04.2012)
34. National Audit Office report. Examining the Value for Money of Deals under the Private Finance Initiative, August 1999. Internetis kättesaadav: http://www.nao.org.uk/publications/9899/examining_the_value_for_money.aspx (25.04.2012)
35. Neumayr, F. Value for money v. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment. Public Procurement Law Review, 2002, 4, 215-234
36. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool, 2006
37. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. Juridica, 2007, nr 8, lk 564-572
38. Pikamäe, K. Kaalutusõigus ja selle kohtulik kontroll. Magistritöö. Tallinn: Tartu Ülikool, 2003
39. Procurement of PPP and the use of competitive dialogue in Europe: A review of public sector practices across the EU. European PPP Expertise Centre: 2010. Internetis kättesaadav: <http://www.eib.org/eppec/resources/eppec-ppp-procurement-and-cd.pdf> (25.04.2012)
40. Rosin, K. Riigihange. Juridica 2001, nr 9, lk. 661-669
41. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus, 2010
42. Simovart, M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica 2010, 4, lk. 248-257
43. Tomkinson, G. HM Treasury's review of competitive dialogue procedure and "Accelerating Government Procedure", a review by the Efficiency Reform Group. Public Procurement Law Review, 2011, 4, pp. 161-166

44. Trepte, P. Public Procurement in European Union: A Practitioner's Guide. 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2007
45. Trepte, P. Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation. New York: Oxford University Press, 2004
46. Treumer, S. The field of application of competitive dialogue. Public Procurement Law Review 2006, Vol. 6, pp. 307-315
47. Treumer, S. The discretionary powers of contracting entities - towards a flexible approach in the recent case law of the European Court of Justice? - Public Procurement Law Review 2006, 3, pp. 71-85
48. Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõte Euroopa Liidu õiguses. Juridica, 2006, nr 3, lk 151-158
49. Triipan, M. Proportsionaalsuse printsiip riigi- ja haldusõiguses. Juridica, 2001, nr 5, lk 305-313
50. Tullis, C. Correction of errors in tenders: the case JR Jones v Legal Services Commission. Public Procurement Law Review 2011, 4, pp. 134-139
51. Verschuur, S. Competitive dialogue and the scope for discussion after tenders and before selecting the preferred bidder - what is fine-tuning etc?. Public Procurement Law Review 2006, 6, 327-331
52. Väljaots, T. Põhjendamatult madal pakkumus Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool, 2011

Kohtupraktika

Eesti kohtute praktika:

53. TlnHKo 30.12.2009, 3-09-1280
54. RKHKo 3-3-1-42-03
55. RKHKo 3-3-1-42-03
56. RKHKo 3-3-1-67-01
57. RKHKo 3-3-1-54-03
58. RKHKo 3-3-1-14-01
59. RKHKo 3-3-1-62-02

Euroopa Liidu kohtute praktika:

60. EKo 13.05.1986, C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*
61. EKo 22.06.1993, C-243/89, *Euroopa Ühenduste Komisjon v. Taani Kuningriik (Storebaelt)*
62. EKo 25.04.1996 otsus C-87/94, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*
63. EKo 05.05.1998, C-157/96, *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd and Vian Exports Ltd*
64. EKo 05.10.2000, C-337/98, *Euroopa Ühenduste Komisjon v Prantsusmaa (Rennes Railways)*
65. EK 10.05.2001, C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, kohtujurist Jacobsi ettepanek
66. EÜKo 27.09.2002, T-211/02, *Tideland Signal Ltd v Euroopa Ühenduste Komisjon*
67. EÜKo 28.11.2002, T-40/01 *Scan Office Design SA v Commission*
68. EKo 10.12.2002, C-491/01, *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd*
69. EKo 12.12.2002, C-470/99 *Universale Bau and Others v Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*
70. EKo 10.04.2003, liidetud kohtuasjad C-20/01 ja C-28/01, *Euroopa Ühenduste Komisjon v Saksamaa Liitvabariik*, punkt 62
71. EKo 29.04.2004 otsus C-496/99 P, *Euroopa Ühenduste Komisjon v CAS Succhi di Frutta SpA*
72. EKo 13.01.2005, C-84/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon v. Hispaania kuningriik*
73. EKo 03.03.2005 liidetud kohtuasjad C-21/03 and C-34/03 *Fabricom SA v. Belgia*
74. EKm, 20.04.2007, C-189/06 P, *TEA-CEGOS ja STG v Euroopa Ühenduste Komisjon*, ECR-is avaldamata
75. EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Austria*
76. EÜKo 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV v. Euroopa Ühenduste Komisjon*

77. EKO 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*
78. EÜKo 11.05.2010 kohtuasjas T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV v Euroopa Komisjon*

Kohtujuristide ettepanekud:

79. EK 12.09.1995, C-87/94, Euroopa Ühenduste Komisjon v Belgia (*Walloon Buses*), kohtujurist Lenzi ettepanek
80. EK 10.05.2001, C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, kohtujurist Jacobsi ettepanek
81. EK, 03.03.2009, C-34/08, *Azienda Agricola Disarò Antonio jt v. Cooperativa Milka 2000 Soc. coop. Arl*, kohtujurist Trstenjaki ettepanek

Teiste riikide praktika:

82. All About Rights Law Practice, R (on the application of) v Legal Services Commission [2011] EWHC 964 (Admin) (14 April 2011)
83. Azam & Co Solicitors v Legal Services Commission [2010] EWCA Civ 1194, 10.09.2010
84. Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v Corporate Officer of the House of Commons [2000] EWHC Technology 84 (29th June, 2000)
85. Hoole & Co (a firm), R (on the application of) v Legal Services Commission [2011] EWHC 886 (Admin) (15 April 2011)
86. Hossacks (A Firm of Solicitors) v The Legal Services Commission [2011] EWHC 2700 (Admin) (27 October 2011)
87. J B Leadbitter & Co Ltd v Devon County Council [2009] EWHC 930 (Ch) (01 May 2009)
88. JR Jones Solicitors v Legal Services Commission [2010] EWHC 3671 (Ch) (16 December 2010)
89. Lion Apparel Systems Ltd v Firebuy Ltd [2007] EWHC 2179 (Ch) (27 September 2007)
90. The Law Society, R (on the application of) v Legal Services Commission [2007] EWCA Civ 1264 (29 November 2007)

Vaidlustuskomisjoni praktika:

91. VAKO 02.07.2009 otsus nr 141-09/111484 AS Nordecon Infra ja AS Napal v OÜ Paikre
92. VAKO 31.03.2010 otsus nr 50-10/115685 AS Harju Ehitus jt v AS Riigi Kinnisvara
93. VAKO 21.07.2010 otsus nr 115-10/108402 AS Nordecon v Maanteeamet
94. VAKO 31.01.2011 otsus nr 3-11/120937 AS Tartu Ehitus v Päästeamet
95. VAKO 07.04.2011 otsus nr 53-11/121691 AS Pristis v AS Riigi Kinnisvara
96. VAKO 12.04.2011 otsus nr 55-11/12152 OÜ Kinnisvarateenindus v Politsei- ja Piirivalveamet
97. VAKO 19.04.2011 otsus nr 62-11/122071 MWA Nova GmbH v. MTÜ Eesti Digikeskus
98. VAKO 20.05.2011 otsus nr 84-11/124226 OÜ Vivocard v. Tartu Linnavalitsus
99. VAKO 17.06.2011 otsus nr 113-11/124490 AS KRK-Labor v Tartu Ülikool
100. VAKO 26.01.2012 otsus nr 5-12/128251 AS Oma Ehitaja v Tartu Ülikool

Muu praktika:

101. Decision of the European Commission in Case N-264/2002, *London Underground Public Private Partnerships*, Decision of October 2, 2002, O.J. 309/15